

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



REPORTS  
OF JUDGMENTS AND DECISIONS

RECUEIL  
DES ARRÊTS ET DÉCISIONS

2001-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](mailto: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

2003 ISBN 3-452-25410-0

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<sup>er</sup> 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<sup>er</sup> 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>Krombach c. France</i> , n° 29731/96, arrêt du 13 février 2001 .....	1
<i>Krombach v. France</i> , no. 29731/96, judgment of 13 February 2001 .....	35
<i>Jerusalem v. Austria</i> , no. 26958/95, judgment of 27 February 2001 .....	69
<i>Jerusalem c. Autriche</i> , n° 26958/95, arrêt du 27 février 2001 .....	89
<i>Ecer and Zeyrek v. Turkey</i> , nos. 29295/95 and 29363/95, judgment of 27 February 2001 .....	109
<i>Ecer et Zeyrek c. Turquie</i> , n°s 29295/95 et 29363/95, arrêt du 27 février 2001 .....	127
<i>Lucà c. Italie</i> , n° 33354/96, arrêt du 27 février 2001 .....	145
<i>Lucà v. Italy</i> , no. 33354/96, judgment of 27 February 2001 .....	167
<i>Dallos v. Hungary</i> , no. 29082/95, judgment of 1 March 2001 .....	189
<i>Dallos c. Hongrie</i> , n° 29082/95, arrêt du 1 <sup>er</sup> mars 2001 .....	205
<i>Malama c. Grèce</i> , n° 43622/98, arrêt du 1 <sup>er</sup> mars 2001 .....	223
<i>Malama v. Greece</i> , no. 43622/98, judgment of 1 March 2001 .....	239
<i>Dougoz v. Greece</i> , no. 40907/98, judgment of 6 March 2001 .....	255
<i>Dougoz c. Grèce</i> , n° 40907/98, arrêt du 6 mars 2001 .....	273
<i>Hilal v. the United Kingdom</i> , no. 45276/99, judgment of 6 March 2001 .....	293
<i>Hilal c. Royaume-Uni</i> , n° 45276/99, arrêt du 6 mars 2001 .....	321
<i>Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne</i> [GC], n°s 34044/96, 35532/97 et 44801/98, arrêt du 22 mars 2001 .....	351
<i>Streletz, Kessler and Krenz v. Germany</i> [GC], nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98, judgment of 22 March 2001 .....	409
<i>K.-H.W. c. Allemagne</i> [GC], n° 37201/97, arrêt du 22 mars 2001 .....	463
<i>K.-H.W. v. Germany</i> [GC], no. 37201/97, judgment of 22 March 2001 .....	495



## Subject matter/Objet des affaires

### Article 3

Conditions of detention pending expulsion	<i>Dougoz v. Greece</i> , p. 255
Conditions d'une détention sous écrou extraditionnel	<i>Dougoz c. Grèce</i> , p. 273
Threatened deportation of asylum-seeker to Tanzania	<i>Hilal v. the United Kingdom</i> , p. 293
Menace de renvoi vers la Tanzanie d'un demandeur d'asile	<i>Hilal c. Royaume-Uni</i> , p. 321

### Article 6

#### Article 6 § 3 (a)

Conviction on appeal of an offence different from the one charged	<i>Dallos v. Hungary</i> , p. 189
Condamnation en appel pour une infraction différente de celle figurant dans l'acte d'accusation	<i>Dallos c. Hongrie</i> , p. 205

#### Article 6 § 3 (b)

Conviction on appeal of an offence different from the one charged	<i>Dallos v. Hungary</i> , p. 189
Condamnation en appel pour une infraction différente de celle figurant dans l'acte d'accusation	<i>Dallos c. Hongrie</i> , p. 205

#### Article 6 § 3 (c)

Refusal to allow an absent defendant to be represented or defended at his trial before the assize court	<i>Krombach v. France</i> , p. 35
Refus d'admettre la représentation et la défense d'un accusé absent aux débats d'assises	<i>Krombach c. France</i> , p. 1

**Article 6 § 3 (d)**

Conviction based exclusively on statements of a co-accused whom the defendant had no opportunity of examining or having examined

*Lucà v. Italy*, p. 167

Condamnation reposant exclusivement sur les déclarations d'un coïnculpé que l'accusé n'a pu interroger ou faire interroger

*Lucà c. Italie*, p. 145

**Article 7****Article 7 § 1**

Conviction of leaders of the GDR after German reunification on account of their responsibility for the deaths of East Germans attempting to flee to the West

*Streletz, Kessler and Krenz v. Germany* [GC], p. 409

Condamnation de dirigeants de la RDA après la réunification allemande pour leur responsabilité dans le décès d'Allemands de l'Est qui tentaient de fuir à l'Ouest

*Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* [GC], p. 351

Conviction of a border guard of the GDR after German reunification for killing an East German attempting to flee to the West

*K.-H.W. v. Germany* [GC], p. 495

Condamnation d'un garde-frontière de la RDA après la réunification allemande pour avoir tué un Allemand de l'Est qui tentait de fuir à l'Ouest

*K.-H.W. c. Allemagne* [GC], p. 463

Imposition of heavier penalty on accused on the basis of a law promulgated after commission of the offence

*Ecer and Zeyrek v. Turkey*, p. 109

Accusés condamnés à une peine plus forte en vertu d'une loi adoptée après la perpétration de l'infraction

*Ecer et Zeyrek c. Turquie*, p. 127

**Article 10**

Injunction prohibiting municipal councillor from repeating statements about sects

*Jerusalem v. Austria*, p. 69

Injonction interdisant à une conseillère municipale de réitérer des propos sur les sectes

*Jerusalem c. Autriche*, p. 89



**Article 35****Article 35 § 1**

Exhaustion of domestic remedies – whether purging contempt is an effective remedy

*Krombach v. France*, p. 35

Épuisement des voies de recours internes – caractère effectif de la purge de la contumace

*Krombach c. France*, p. 1

**Article 1 of Protocol No. 1/Article 1 du Protocole n° 1**

Length of time since property was expropriated not taken into account in assessment of compensation due

*Malama v. Greece*, p. 239

Indemnité d'expropriation fixée sans tenir compte de la durée écoulée depuis l'expropriation

*Malama c. Grèce*, p. 223

**Article 2 of Protocol No. 7/Article 2 du Protocole n° 7**

Defendants tried *in absentia* deprived of the right to appeal to the Court of Cassation

*Krombach v. France*, p. 35

Contumax privé de la possibilité de se pourvoir en cassation

*Krombach c. France*, p. 1



KROMBACH c. FRANCE  
*(Requête n° 29731/96)*

TROISIÈME SECTION

ARRÊT DU 13 FÉVRIER 2001<sup>1</sup>

---

1. Texte français original.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Refus d'admettre la représentation et la défense d'un accusé absent aux débats d'assises****Epuisement des voies de recours internes – caractère effectif de la purge de la contumace****Contumax privé de la possibilité de se pourvoir en cassation****Article 6 §§ 1 et 3 c)**

*Droits de la défense – Se défendre avec l'assistance d'un défenseur – Procès criminel – Procès se déroulant en l'absence du prévenu – Refus d'admettre la représentation et la défense d'un accusé absent aux débats d'assises – Moyen de défense concernant un point de droit – Interdiction absolue de toute défense*

**Article 35 § 1**

*Epuisement des voies de recours internes – Recours interne effectif – Purge de la contumace – Caractère effectif de la purge de la contumace*

**Article 2 du Protocole n° 7**

*Réexamen d'une condamnation et d'une peine – Pourvoi en cassation – Contumax privé de la possibilité de se pourvoir en cassation*

\*  
\* \*

En Allemagne, en juillet 1982, le requérant et son épouse recevaient la fille de cette dernière, née d'un précédent mariage avec un ressortissant français. Un matin, la jeune fille, âgée de quatorze ans, fut retrouvée morte. Le requérant lui avait la veille administré une substance ferrique censée traiter un état d'anémie et, à la découverte du décès, il tenta de la ranimer par diverses injections. Une enquête contre X fut immédiatement ouverte par la police allemande concernant les circonstances du décès. Au vu des résultats de l'autopsie une première décision de classement sans suite fut prise par le parquet. L'enquête fut rouverte plusieurs fois en raison des diligences du père de la victime, et d'autres décisions de classement sans suite furent adoptées. La dernière décision de classement du parquet fut confirmée en mai 1986 par le procureur général de la cour d'appel de Munich, puis par la cour d'appel de Munich en septembre 1987. Parallèlement, le père de la victime déposa, en janvier 1984, une plainte avec constitution de partie civile contre X auprès du juge d'instruction de Paris pour homicide volontaire. Au

---

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

terme de l'instruction, en février 1991, le requérant fut inculpé du crime de violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner. En mars 1993, le requérant et son avocat ne se présentèrent pas à l'audience de la chambre d'accusation. Par un arrêt d'avril 1993, la chambre d'accusation de la cour d'appel de Paris renvoya le requérant devant la cour d'assises de Paris du chef d'homicide volontaire et prit une ordonnance de prise de corps. En mai 1993, l'arrêt fut signifié au requérant par exploit délivré au parquet étranger. Le requérant ne déféra à aucune des convocations pour subir l'interrogatoire préliminaire d'identité. Il forma un pourvoi en cassation contre l'arrêt de renvoi, en invoquant notamment la violation du principe *ne bis in idem* et de l'autorité de la chose jugée. Par un arrêt de septembre 1993, la Cour de cassation rejeta le moyen du requérant au motif qu'il était nouveau. Dûment informé de la date de l'audience devant la cour d'assises, le requérant indiqua qu'il ne se présenterait qu'à la condition d'être assuré d'être libre pendant la durée du procès et précisa qu'il entendait être défendu par un avocat. L'avocat français du requérant, assisté d'un confrère allemand, déposa des conclusions. Il demanda à être autorisé à représenter le requérant en son absence, à exposer tous moyens relatifs à l'autorité de la chose jugée, à ce que la cour statue d'office sur cette exception et ordonne un supplément d'information ayant pour objet la communication par les autorités allemandes du dossier d'instruction ainsi que l'appréciation de la portée des décisions de non-lieu. Par un arrêt rendu par contumace en mars 1995, la cour d'assises déclara le requérant coupable d'avoir volontairement exercé des violences sur sa belle-fille ayant entraîné la mort sans intention de la donner et le condamna à quinze ans de réclusion criminelle. La cour précisa dans son arrêt que si le requérant s'était présenté, cela aurait permis d'arrêter la procédure de contumace et qu'il aurait pu à l'occasion de cette formalité obligatoire formuler toutes sollicitations utiles à sa défense. Elle rappela également aux avocats du requérant, présents à l'audience, les termes de l'article 630 du code de procédure pénale interdisant la représentation de l'accusé absent et déclara leurs conclusions irrecevables. Par un arrêt civil rendu également par contumace, la cour d'assises condamna le requérant à verser des dommages et intérêts au père de la victime. L'avocat du requérant avait déposé une note en délibéré en invoquant l'absence totale de défense sur l'action civile en violation des dispositions de l'article 6 de la Convention. En juin 1995, le président de la Cour de cassation rendit une ordonnance de non-admission des pourvois du requérant contre les arrêts de la cour d'assises. En effet, selon le droit interne applicable, le contumax ne peut se pourvoir en cassation.

1. Exception préliminaire du Gouvernement (non-épuisement des voies de recours internes): si la condamnation par contumace dont le requérant a fait l'objet n'est effectivement pas définitive, la purge de la contumace, qui permet à l'accusé d'être rejugé, ne peut être assimilée à une «voie de recours» au sens ordinaire de ce terme. Son exercice peut en effet ne dépendre que d'un fait matériel, l'arrestation de l'accusé, qui par définition n'est pas un acte volontaire dudit accusé. La purge de la contumace peut également intervenir si l'accusé se constitue prisonnier, mais la condition ainsi mise à l'ouverture d'un nouveau procès ne relève pas de l'exercice normal des voies de recours internes au sens de l'article 35. En outre, la tenue d'un nouveau procès, le cas échéant, n'est pas de

nature à éviter ou à redresser les violations intervenues dans la phase de jugement par contumace qui sont précisément en cause dans la présente affaire. Enfin, la mise en œuvre de la purge de la contumace n'est soumise à aucune condition de forme ou de délai et peut se révéler hypothétique si l'accusé n'est pas arrêté ou ne se constitue pas prisonnier avant que la peine ne soit prescrite. L'exception préliminaire est donc rejetée.

2. Article 6 §§ 1 et 3 c) : si dans un procès correctionnel ou comme en l'espèce dans un procès d'assises, la présence de l'accusé à un procès pénal revêt une importance capitale, c'est l'intérêt de l'accusé d'être adéquatement défendu par un avocat qui prévaut. Par conséquent, le fait que l'accusé, bien que dûment assigné, ne comparaisse pas à l'audience ne saurait, même à défaut d'excuse, justifier qu'il soit privé du droit à l'assistance d'un défenseur; l'équité d'un procès exige qu'un avocat qui à l'évidence assiste pour défendre son client en l'absence de celui-ci puisse le faire. En l'occurrence, la mise en œuvre de la purge de la contumace n'a une incidence sur l'exercice des droits de la défense que dans l'hypothèse d'une arrestation de l'intéressé; dans ce cas, les autorités ont l'obligation d'offrir à l'accusé la possibilité d'un réexamen de la cause dans son intégralité et en sa présence. Or il ne saurait être question d'obliger un accusé à se constituer prisonnier pour bénéficiaire du droit d'être jugé dans des conditions conformes à l'article 6 car ce serait subordonner l'exercice du droit à un procès équitable à une sorte de caution, la liberté physique de l'intéressé. En l'espèce, il faut examiner si, concrètement, l'interdiction faite aux avocats mandatés par le requérant et présents à l'audience de la cour d'assises d'intervenir pour sa défense a porté atteinte au droit à un procès équitable. S'il est légitime pour le législateur de décourager les abstentions injustifiées, ce ne peut être au détriment du droit à l'assistance d'un défenseur. Selon le droit interne en l'espèce, l'interdiction faite aux avocats de se présenter pour le contumax est absolue et la cour d'assises n'a pas la possibilité d'y déroger. Toutefois, la cour d'assises, qui siégeait sans le jury, aurait dû donner l'occasion aux avocats du requérant de le défendre, même en son absence car le moyen de défense qu'ils entendaient développer concernait un point de droit, à savoir une exception tirée de l'autorité de la chose jugée et du principe *ne bis in idem*. Le Gouvernement n'a pas soutenu que même si la cour d'assises avait autorisé les avocats du requérant à plaider, elle n'aurait pas eu compétence pour examiner la question. Enfin, il faut observer que les avocats du requérant n'ont pas davantage été autorisés à assurer la défense de leur client lors de l'audience de la cour d'assises sur les intérêts civils. Sanctionner la non-comparution du requérant par une interdiction aussi absolue de toute défense apparaît manifestement disproportionné.

*Conclusion* : violation (unanimité).

3. Article 2 du Protocole n° 7 : sur le point critiqué par le requérant, soit l'impossibilité de former un pourvoi pour dénoncer les carences de la procédure de contumace elle-même, la possibilité éventuelle de la purge de la contumace n'est pas déterminante car cette dernière vise essentiellement à garantir le respect du contradictoire et des droits de la défense d'une personne accusée d'une infraction pénale. En l'occurrence, pour le requérant, il s'agissait à la fois de se défendre au fond et de soulever *in limine litis* une exception de procédure. Il est notable que le requérant n'a pas eu la possibilité de faire contrôler, au moins par la Cour de cassation, la légalité du refus de la cour d'assises de laisser plaider

les avocats de la défense. En effet, en vertu du droit interne applicable, le requérant ne pouvait ni être défendu devant la cour d'assises par un avocat ni former un pourvoi en cassation puisqu'il était contumax. Il était donc privé de la possibilité tant d'être défendu en première instance que de faire examiner sa condamnation par une juridiction supérieure.

*Conclusion* : violation (unanimité).

Article 41 : la Cour alloue une certaine somme pour les frais et dépens.

### **Jurisprudence citée par la Cour**

- Artico c. Italie*, arrêt du 13 mai 1980, série A n° 37  
*Goddi c. Italie*, arrêt du 9 avril 1984, série A n° 76  
*Colozza c. Italie*, arrêt du 12 février 1985, série A n° 89  
*Cardot c. France*, arrêt du 19 mars 1991, série A n° 200  
*F.C.B. c. Italie*, arrêt du 28 août 1991, série A n° 208-B  
*T. c. Italie*, arrêt du 12 octobre 1992, série A n° 245-C  
*Poitrimol c. France*, arrêt du 23 novembre 1993, série A n° 277-A  
*Lala c. Pays-Bas*, arrêt du 22 septembre 1994, série A n° 297-A  
*Pelladoah c. Pays-Bas*, arrêt du 22 septembre 1994, série A n° 297-B  
*Hertel c. Suisse*, arrêt du 25 août 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VI  
*Van Geyselghem c. Belgique* [GC], n° 26103/95, CEDH 1999-I  
*Nikolova c. Bulgarie* [GC], n° 31195/96, CEDH 1999-II  
*Civet c. France* [GC], n° 29340/95, CEDH 1999-VI  
*Oztürk c. Turquie* [GC], n° 22479/93, CEDH 1999-VI  
*Khalfaoûi c. France*, n° 34791/97, CEDH 1999-IX  
*Witold Litwa c. Pologne*, n° 26629/95, CEDH 2000-III  
*Haser c. Suisse* (déc.), n° 33050/96, 27 avril 2000, non publiée  
*Loewenguth c. France* (déc.), n° 53183/99, CEDH 2000-VI  
*Deperrois c. France* (déc.), n° 48203/99, 22 juin 2000, non publiée



**En l'affaire Krombach c. France,**

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

MM. W. FUHRMANN, *président*,

J.-P. COSTA,

L. LOUCAIDES,

P. KÜRIS,

M<sup>me</sup> F. TULKENS,

M. K. JUNGWIERT,

Sir Nicolas BRATZA, *juges*,

et de M<sup>me</sup> S. DOLLÉ, *greffière de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 30 mai et 23 janvier 2001,  
Rend l'arrêt que voici, adopté à cette dernière date :

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 29731/96) dirigée contre la République française par un ressortissant allemand, M. Dieter Krombach (« le requérant »), qui avait saisi la Commission européenne des Droits de l'Homme (« la Commission ») le 29 novembre 1995 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 requérant est représenté par M<sup>r</sup> Serres, avocat au barreau de Paris. Le gouvernement français (« le Gouvernement ») est représenté par son agent, M. J.-F. Dobelle, directeur adjoint des affaires juridiques au ministère des Affaires étrangères.

3. Le requérant alléguait en particulier qu'en vertu de l'article 630 du code de procédure pénale il lui avait été interdit de faire présenter sa défense par un avocat lors de l'audience de la cour d'assises statuant par contumace. A cet égard il allègue une violation de l'article 6 §§ 1 et 3 c) de la Convention. Il se plaignait également d'une violation de l'article 2 du Protocole n° 7 en raison du fait que, en application de l'article 636 du code de procédure pénale, le pourvoi en cassation n'est pas ouvert au contumax.

4. La requête a été transmise à la Cour le 1<sup>er</sup> novembre 1998, date d'entrée en vigueur du Protocole n° 11 à la Convention (article 5 § 2 du Protocole n° 11).

5. La requête a été attribuée à la troisième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement de la Cour). Au sein de ladite section, la chambre chargée d'examiner l'affaire (article 27 § 1 de la Convention) a été constituée conformément à l'article 26 § 1 du règlement.

6. Par une décision du 29 février 2000, la chambre a déclaré la requête partiellement recevable<sup>1</sup>.

---

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

7. Tant le requérant que le Gouvernement ont déposé des observations écrites sur le fond de l'affaire (article 59 § 1 du règlement). Les parties ont chacune soumis des commentaires écrits sur les observations de l'autre. Des observations ont également été reçues de M. A. Bamberski, partie civile dans la procédure pénale diligentée contre le requérant, que le président avait autorisé à intervenir dans la procédure écrite (articles 36 § 2 de la Convention et 61 § 3 du règlement). Le gouvernement allemand invité à produire des observations en vertu de l'article 36 § 1 de la Convention n'a pas souhaité faire usage de cette faculté.

8. Une audience s'est déroulée en public au Palais des Droits de l'Homme, à Strasbourg, le 30 mai 2000 (article 59 § 2 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

MM. J.-F. DOBELLE, directeur adjoint des affaires juridiques  
du ministère des Affaires étrangères, *agent*,  
B. NEDELEC, magistrat, détaché à la sous-direction  
des droits de l'homme au ministère  
des Affaires étrangères,  
G. BITTI, chargé de mission auprès du bureau des droits  
de l'homme du service des affaires européennes  
et internationales, ministère de la Justice,  
P.C. SOCCOJA, administrateur civil au bureau des droits  
de l'homme du service des affaires européennes  
et internationales, ministère de la Justice,  
F. CAPIN DULHOSTE, magistrat au bureau de la justice  
pénale et des libertés individuelles  
à la direction des affaires criminelles,  
ministère de la Justice, *conseillers ;*

– *pour le requérant*

M<sup>c</sup> F. SERRES, avocat au barreau de Paris, *conseil.*

La Cour a entendu en leurs déclarations M<sup>c</sup> Serres et M. Dobelle.

EN FAIT

LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

### A. Circonstances particulières de l'affaire

9. En avril 1977, le requérant, qui était veuf avec deux enfants, épousa en secondes noces une ressortissante française, qui avait elle-même deux

enfants d'un précédent mariage avec un ressortissant français, dont elle avait divorcé en 1976. Durant l'été 1982, tant le fils que la fille de l'épouse du requérant se trouvaient pour les vacances scolaires au domicile du requérant, à Lindau, près du lac de Constance.

10. La jeune fille, K.B., âgée de quatorze ans et de nationalité française, qui avait passé la journée du 9 juillet 1982 à faire de la planche à voile, s'était plainte à son retour de fatigue et de ne pas bronzer suffisamment et le requérant lui avait alors injecté vers 20 h 30, comme à plusieurs occasions dans le passé, une préparation ferrique, commercialisée sous le nom de Kobalt-Ferrcelit et en principe destinée à traiter un état d'anémie.

11. Le 10 juillet 1982, vers 9 h 30 du matin, le requérant découvrit K.B. morte dans sa chambre et procéda à plusieurs injections de divers produits pour tenter de la ranimer. Un premier médecin appelé en urgence examina le cadavre vers 10 h 20, fit remonter la mort aux environs de 3 heures du matin et ne constata aucune trace de violences. Il releva seulement des traces d'injection au niveau du thorax et du bras droit.

### *1. La procédure allemande*

12. Une enquête contre X fut immédiatement ouverte par la police concernant les circonstances de ce décès et une autopsie fut pratiquée par deux médecins légistes le 12 juillet 1982. Ils ne purent déterminer les causes du décès, notamment en raison de l'état avancé de décomposition du cadavre, mais ne trouvèrent aucune trace de violences, sexuelles ou autres. En conséquence, le 17 août 1982, le parquet de Kempten prit une première décision de classement de l'affaire, conformément à l'article 170 § 2 du code de procédure pénale allemand.

13. Le père de la jeune fille saisit alors le parquet de Kempten d'une demande d'actes complémentaires, en se fondant en particulier sur les critiques du rapport d'autopsie qu'il avait soumis à un médecin légiste français. Accédant à sa demande, le parquet demanda une expertise à l'Institut médico-légal de Munich.

14. Le 27 novembre 1982, l'un des médecins légistes qui avait pratiqué l'autopsie précisa que les lésions constatées sur l'appareil génital externe de la jeune fille étaient intervenues *post mortem*. Le 3 mars 1983, aux termes d'une expertise chimico-toxicologique et histologique et après audition des médecins légistes ainsi que du requérant et des autres membres de la famille, l'expert conclut que la mort était anormale mais qu'il ne pouvait davantage se prononcer sur la cause du décès, lequel, à son avis, ne pouvait être imputé à l'injection du produit ferrique, dont aucune trace ne pouvait être retrouvée dans le corps. En mai 1983, une autre expertise fut effectuée, cette fois pharmacologique, pour déterminer les

effets secondaires ou les contre-indications du produit ferrique injecté la veille de la mort.

15. Le 14 juin 1983, le procureur près le tribunal régional de Kempten prit une deuxième décision de classement sans suite. Le recours formé par le père de la victime le 4 juillet 1983 contre cette décision fut considéré par le procureur général près la cour d'appel (*Oberlandesgericht*) de Munich comme un recours hiérarchique (*Dienstaufsichtsbeschwerde*) et rejeté le 20 septembre 1983.

16. Le 17 octobre 1983, le père de la victime, par l'intermédiaire de ses avocats allemands, déposa une plainte nommément dirigée contre le requérant, qu'il soupçonnait d'avoir violé puis assassiné sa fille. Le dossier de la procédure d'enquête ouverte en 1982 contre X fut alors joint à la nouvelle procédure d'enquête ouverte sur une plainte du père de la victime. Le 2 novembre 1983, le parquet du tribunal régional de Kempten prit, pour la troisième fois, une décision de classement sans suite, en se référant aux conclusions des diverses expertises effectuées dans le cadre de l'enquête précédente.

17. La décision de classement du 2 novembre 1983 fut confirmée par le procureur général près la cour d'appel de Munich le 30 janvier 1984, au motif que les enquêtes n'apportaient pas d'éléments suffisants susceptibles de justifier l'exercice de l'action publique.

18. Le 15 mars 1984, à la suite d'une pétition adressée au parlement régional bavarois, la procédure d'enquête fut rouverte pour la quatrième fois et, le 15 avril 1984, le procureur général près la cour d'appel chargea le parquet de Kempten d'effectuer d'autres vérifications.

19. Le 8 juin 1984, le parquet de Kempten, par la voie d'une demande d'entraide judiciaire, demanda au parquet de Toulouse d'entendre comme témoin le frère cadet de la victime, né en 1971, pour l'interroger sur les circonstances entourant la mort de sa sœur, ce qui fut fait le 4 septembre 1984.

20. Une nouvelle expertise pharmacologique concernant la question de l'innocuité de la préparation ferrique fut en outre confiée à l'Institut de pharmacologie clinique de Brême, qui présenta ses conclusions dans deux rapports datés respectivement du 15 juillet et du 26 septembre 1985. Le 17 juillet 1985, le parquet de Kempten demanda également aux autorités françaises, par la voie d'une demande d'entraide judiciaire, de procéder à l'exhumation du cadavre enterré à Toulouse. Le juge d'instruction de Toulouse prit à cet effet une commission rogatoire le 30 octobre 1985 et le cadavre fut exhumé et examiné par deux médecins légistes le 4 décembre 1985.

21. Le 24 février 1986, au vu des conclusions de l'expert et des résultats négatifs de l'autopsie après exhumation, le parquet de Kempten rendit une quatrième décision de classement de l'affaire, confirmée le 9 mai 1986 par le procureur général près la cour d'appel de Munich.

22. Conformément aux dispositions de l'article 172 du code de procédure pénale allemand, le père de la victime saisit alors la cour d'appel de Munich d'un recours dirigé contre la confirmation de la décision de classement du procureur général en vue de contraindre le parquet à mettre le requérant en accusation (*Klageerzwingungsverfahren*) pour homicide volontaire ou involontaire. Par un jugement daté du 9 septembre 1987, la première chambre pénale de la cour d'appel de Munich déclara ce recours irrecevable.

## 2. *La procédure française*

### a) **La procédure d'instruction**

23. Le 23 janvier 1984, parallèlement aux efforts qu'il déployait en Allemagne pour obtenir la mise en accusation du requérant, le père de la victime déposa une plainte pénale avec constitution de partie civile contre X auprès du juge d'instruction de Paris, pour homicide volontaire, en se fondant sur l'article 689-1 du code de procédure pénale français, qui prévoit que tout étranger qui s'est rendu coupable d'un crime hors du territoire de la République peut être poursuivi et jugé d'après les dispositions de la loi française lorsque la victime est de nationalité française.

24. A l'appui de sa plainte, le père de la victime déposa des documents, rapports d'expertise, enquêtes et témoignages résultant des diligences du parquet de Kempten en Allemagne.

25. Le 12 mars 1985, le juge d'instruction de Paris envoya une commission rogatoire aux autorités allemandes en leur demandant d'interroger un certain nombre de personnes et d'effectuer certaines diligences. Le parquet de Kempten lui répondit le 2 novembre 1985.

26. Le 27 février 1986, le parquet de Kempten adressa au juge d'instruction une photocopie des trois tomes de son dossier d'enquête.

27. Informé par le père de la victime le 10 mars 1986 de la quatrième décision de classement prise par le parquet de Kempten le 24 février 1986, le nouveau juge d'instruction chargé du dossier à Paris adressa une nouvelle commission rogatoire le 17 juin 1987 aux autorités allemandes. Il les invitait à mettre à la disposition des trois experts français, qu'il avait désignés le même jour, les prélèvements effectués lors de l'autopsie et examinés dans le cadre de l'expertise ayant donné lieu au rapport de trois experts allemands daté du 3 mars 1983.

28. En exécution de la commission rogatoire française, les prélèvements en question furent remis à des policiers français le 22 mars 1988 et le 25 mars aux experts nommés le 17 juin 1987. Les experts

remirent leur rapport le 27 juillet 1988 puis, dans un rapport complémentaire du 30 novembre 1988, rectifièrent une erreur de transcription.

29. Le 9 décembre 1988, une expertise complémentaire fut ordonnée par le juge d'instruction parisien, en vue de préciser le rôle et les effets des médicaments que le requérant avait indiqué avoir injectés à sa belle-fille pour tenter de la ranimer. Ce rapport fut déposé le 26 décembre 1988.

30. Le 8 février 1989, le troisième juge d'instruction chargé de ce dossier convoqua le requérant pour une audition. Par une lettre du 22 février 1989, celui-ci informa le juge d'instruction que la justice allemande était parvenue, après enquête, à la conclusion qu'il n'existait aucune culpabilité de tiers dans le décès de K.B. et qu'il ne voyait aucune raison de se déplacer à Paris. Il indiquait toutefois être prêt à être entendu à son domicile.

31. Le 27 juillet 1989, le juge d'instruction adressa une troisième commission rogatoire aux autorités allemandes en leur demandant, d'une part, de notifier au requérant les conclusions des rapports d'expertise des 27 juillet et 26 décembre 1988 et, d'autre part, de l'entendre en tant que « témoin assisté » pour lui poser un certain nombre de questions précises sur le déroulement des faits. Le requérant fut entendu par un magistrat allemand le 8 février 1990.

32. Le 20 mai 1990, le requérant indiqua au juge d'instruction, à la suite de sa demande du 4 mai, qu'il ne lui était pas possible de se rendre à Paris, qu'il avait déjà répondu à ses questions mais qu'il pouvait répondre par écrit si le juge souhaitait lui en poser d'autres.

33. Le 1<sup>er</sup> février 1991, soit près de sept ans après l'ouverture de l'information, le requérant fut inculpé du crime de violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner. Le 23 avril 1991, il fut entendu par un magistrat allemand en exécution d'une commission rogatoire.

34. Le 10 juillet 1992, le juge d'instruction prit une ordonnance de transmission de pièces au procureur général près la cour d'appel de Paris, qui prit son réquisitoire le 25 septembre 1992.

35. Par les voies de l'entraide répressive internationale, la date de l'audience devant la chambre d'accusation fut notifiée au requérant le 28 janvier 1993 et à son avocat le 3 février 1993. Le requérant et son avocat ne se présentèrent pas à l'audience du 11 mars 1993.

36. Par un arrêt du 8 avril 1993, la chambre d'accusation de la cour d'appel de Paris renvoya le requérant devant la cour d'assises de Paris du chef d'homicide volontaire. L'arrêt fit état des divergences d'opinion entre les experts français qui eurent connaissance des pièces du dossier allemand et notamment des rapports d'expertise. En conclusion la chambre d'accusation s'exprima comme suit :

«L'information a été ouverte du chef d'homicide volontaire. Toutefois dans l'ordonnance de transmission de pièces le magistrat instructeur a retenu contre Dieter Krombach la qualification de coups et blessures volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner. Le procureur général et la partie civile concluent également au renvoi sous cette dernière qualification.

La cour constate que les différents éléments d'ordre médical recueillis au cours de l'information permettent de conclure que le décès de K.B. est la conséquence directe d'une injection intraveineuse d'une solution pouvant être du Kobalt-Ferrelcit; cette injection étant contemporaine de la mort.

Pour justifier cet acte, Dieter Krombach a fourni des explications contradictoires et mensongères en invoquant d'abord le souci d'accélérer le bronzage de la jeune fille puis la lutte contre l'anémie dont elle souffrait. Or le Kobalt-Ferrelcit n'a pas pour effet de favoriser le bronzage et K.B. se présentait à cette époque comme une jeune fille en parfaite santé dont le suivi médical n'évoque aucun symptôme d'anémie.

Dieter Krombach a également menti au sujet de la chronologie des faits en affirmant que l'injection avait été pratiquée plusieurs heures avant le décès. Enfin le simulacre de réanimation et l'emploi de produits incompatibles entre eux chez le vivant ne peuvent s'expliquer que par la volonté de dissimuler l'origine de la mort.

L'ensemble de ces éléments constituent des charges suffisantes laissant présumer que Dieter Krombach a pratiqué la piqûre mortelle non pas dans un but curatif mais dans l'intention de donner la mort.»

La chambre d'accusation prit également une ordonnance de prise de corps.

37. Le 4 mai 1993, l'arrêt fut signifié au requérant par exploit délivré au parquet étranger. Le requérant fut convoqué plusieurs fois pour subir l'interrogatoire préliminaire d'identité mais ne déféra à aucune des convocations.

38. Le requérant forma un pourvoi en cassation contre l'arrêt de renvoi. Dans son mémoire, il souleva notamment la violation du principe *ne bis in idem* et de l'autorité de la chose jugée au motif que, si l'article 689-1 du code de procédure pénale permettait qu'un étranger soit jugé d'après les lois françaises lorsque la victime du crime est de nationalité française, aucune poursuite ne pouvait avoir lieu en cas de jugement définitif à l'étranger. A cet égard, le requérant fit valoir qu'il avait bénéficié d'une ordonnance de non-lieu rendue par le parquet de Kempten, juridiction d'instruction, le 24 février 1986, devenue définitive par la décision de la chambre pénale de la cour d'appel de Munich du 9 septembre 1987.

39. Par un arrêt du 21 septembre 1993, la Cour de cassation rejeta le moyen du requérant au motif qu'il était nouveau car il ne résultait ni de l'arrêt attaqué ni d'aucune pièce de la procédure que le demandeur avait soutenu devant la chambre d'accusation qu'il avait bénéficié d'une décision de non-lieu prononcée à raison des mêmes faits par les autorités judiciaires allemandes.

**b) La procédure de jugement par contumace**

40. Le 7 septembre 1994, l'avocat français du requérant fut informé que son client était appelé à comparaître devant la cour d'assises de Paris du 7 au 10 novembre 1994. Le 26 octobre, il demanda au président de la cour d'assises d'ordonner un supplément d'information pour faire verser au dossier toutes les pièces provenant des procédures suivies en Allemagne. Le président rejeta sa demande par une lettre du 3 novembre 1994, en l'informant qu'il appartiendrait à la cour d'assises régulièrement saisie du dossier d'ordonner cette mesure si elle l'estimait nécessaire.

41. Par une ordonnance du 15 novembre 1994 du président de la cour d'assises, signifiée le 17 novembre 1994, le requérant fut invité à se présenter dans un délai de dix jours. Conformément aux articles 627 et suivants du code de procédure pénale, cette ordonnance fut publiée dans la *Gazette du Palais* et affichée au prétoire de la cour d'assises de Paris et à la porte de la mairie du 1<sup>er</sup> arrondissement de Paris.

42. Le 7 février 1995, le requérant adressa un courrier au président de la cour d'assises dans lequel il expliqua qu'il se présenterait volontiers à l'audience du 1<sup>er</sup> mars 1995 mais sous réserve d'être assuré d'être libre pendant la durée du procès. Il lui fit part de son incompréhension quant au comportement des autorités françaises qui n'avaient pas pris en compte, pendant toute la durée de l'instruction en France, le non-lieu prononcé en Allemagne. Il précisa qu'il entendait être défendu par un avocat.

43. Par une ordonnance du 1<sup>er</sup> mars 1995, le président de la cour d'assises renvoya l'affaire au 9 mars 1995.

44. L'avocat français du requérant, assisté d'un confrère allemand, déposa des conclusions devant la cour d'assises en invoquant l'article 6 de la Convention. Il demanda à être autorisé à représenter le requérant en son absence et à exposer tous moyens relatifs à l'autorité de la chose jugée, à ce que la cour d'assises statue d'office sur l'exception de la chose jugée et à ce qu'elle ordonne un supplément d'information ayant pour objet la communication par les autorités allemandes du dossier d'instruction ainsi que l'appréciation de la portée des décisions de non-lieu.

45. Par un arrêt rendu par contumace le 9 mars 1995, après avoir entendu l'avocat général qui requit trente ans de réclusion, la cour d'assises de Paris déclara le requérant coupable d'avoir volontairement exercé des violences sur la personne de sa belle-fille ayant entraîné la mort sans intention de la donner, et le condamna à quinze ans de réclusion criminelle.

46. La cour précisa dans son arrêt que si le requérant s'était présenté, cela aurait permis d'arrêter la procédure de contumace et qu'il aurait pu à l'occasion de cette formalité obligatoire formuler toutes sollicitations utiles à sa défense. Elle rappela également aux avocats du requérant, présents à l'audience, les termes de l'article 630 du code de procédure



pénale interdisant la représentation de l'accusé absent et déclara leurs conclusions irrecevables.

47. Par un arrêt civil rendu également par contumace le 13 mars 1995, la cour d'assises de Paris condamna le requérant à verser 250 000 francs français (FRF) en réparation du préjudice moral et 100 000 FRF au titre des frais et dépens. L'avocat du requérant avait déposé une note en délibéré en invoquant l'absence totale de défense sur l'action civile en violation des dispositions de l'article 6 de la Convention. Il se plaignait en particulier de ne pas avoir reçu communication des chefs de demandes et conclusions formulés par la partie civile.

48. Par une ordonnance du 1<sup>er</sup> juin 1995, en vertu de l'article 636 du code de procédure pénale, le président de la Cour de cassation rendit une ordonnance de non-admission des pourvois du requérant contre les arrêts de la cour d'assises.

49. Un mandat d'arrêt «Schengen» puis un mandat d'arrêt international ont été délivrés contre le requérant à des dates qui ne figurent pas au dossier.

### *3. La procédure en Allemagne concernant l'exécution de l'arrêt de la cour d'assises de Paris du 13 mars 1995 sur les intérêts civils*

50. Le 12 septembre 1995, le père de la victime saisit le tribunal régional de Kempten d'une demande d'exécution de l'arrêt de la cour d'assises de Paris condamnant le requérant à lui verser 350 000 FRF de dommages et intérêts. Par un jugement du 29 avril 1996, le tribunal accéda à cette demande, jugement qui fut confirmé par la cour d'appel de Munich le 11 février 1997.

51. Le requérant se pourvut alors en cassation. Par une décision du 4 décembre 1997, la Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof*) renvoya l'affaire à la Cour de justice des Communautés européennes en vue d'obtenir une décision à titre préjudiciel sur l'interprétation de l'article 27 § 1 de la Convention du 27 septembre 1968 relative à la compétence judiciaire et à l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, aux termes duquel les décisions de justice ne sont pas reconnues si la reconnaissance est contraire à l'ordre public de l'Etat requis.

52. La Cour fédérale de justice motiva sa demande notamment en estimant que l'exécution d'une décision de justice obtenue par la voie de la procédure de contumace telle que pratiquée en France pouvait être considérée comme contraire à l'ordre public allemand, au moins pour ce qui concernait la partie civile de la procédure, l'article 103 § 1 de la Loi fondamentale disposant que toute personne a le droit d'être entendue (*Anspruch auf rechtliches Gehör*), ce qui inclut le droit d'être représentée par un avocat. Enfin, se référant à l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, la Cour fédérale de justice releva que la

condamnation par contumace lui semblait attentatoire au droit à l'égalité des armes pour ce qui était du volet civil ainsi qu'au droit d'accès à un tribunal.

53. Par un arrêt du 28 mars 2000, la Cour de justice des Communautés européennes estima que «le juge de l'Etat requis peut, à l'endroit d'un défendeur domicilié dans celui-ci et poursuivi pour une infraction volontaire, tenir compte, au regard de la clause d'ordre public visée à l'article 27, point 1, de ladite convention, du fait que le juge de l'Etat d'origine a refusé à ce dernier le droit de se faire défendre sans comparaître personnellement».

54. A la suite de cet arrêt, la Cour fédérale de justice rejeta le 29 juin 2000 la demande du père de la victime tendant à obtenir l'*exequatur* de l'arrêt civil rendu par la cour d'assises française le 13 mars 1995.

#### 4. La procédure d'extradition menée en Autriche

55. Le 7 janvier 2000, le requérant fut arrêté en Autriche et placé sous écrou extraditionnel par un juge du tribunal régional de Feldkirch (*Journalrichter des Landesgerichts Feldkirch*). Par une ordonnance du 21 janvier 2000, le juge compétent rejeta la demande de mise en liberté sous caution présentée par le requérant.

Toutefois, par une décision du 2 février 2000, la cour d'appel d'Innsbruck (*Oberlandesgericht Innsbruck*) annula cette ordonnance et ordonna la mise en liberté immédiate du requérant. La cour d'appel considéra en effet que le jugement de la cour d'appel de Munich du 9 septembre 1987 (paragraphe 22 ci-dessus), contre lequel il n'existait pas de voie de recours en droit allemand, avait une autorité relative de la chose jugée, puisque l'instruction ne pourrait être reprise en Allemagne qu'en cas de faits nouveaux. Or à partir du moment où le tribunal de l'Etat de commission de l'infraction avait renoncé à poursuivre le requérant et pris à cet égard une décision définitive, ce dernier ne pouvait pas être placé sous écrou extraditionnel. Enfin, la cour estima que l'article 54 de la Convention d'application de l'accord de Schengen (*Schengener Durchführungsabkommen*), qui prévoit le principe *ne bis in idem*, s'opposait, en cas de purge de la contumace, à ce que le requérant soit rejugé en France pour des faits pour lesquels il avait bénéficié en Allemagne d'une décision de classement définitive.

## B. Le droit et la pratique internes pertinents

56. En vertu de l'article 214 du code de procédure pénale, si les faits retenus à la charge d'une personne mise en examen constituent une infraction qualifiée de crime par la loi, la chambre d'accusation prononce la mise en accusation devant la cour d'assises.

Il existe une cour d'assises à Paris et dans chacun des départements français. Il s'agit d'une juridiction composée, d'une part, de magistrats professionnels, le président et deux assesseurs, et, d'autre part, d'un jury composé de neuf jurés tirés au sort parmi les trente-cinq jurés et les dix jurés suppléants, eux-mêmes tirés annuellement au sort pour les besoins des quatre sessions d'assises ordinaires prévues dans le département.

L'instruction d'une affaire criminelle doit se faire oralement à l'audience. A la fin des débats, la cour se retire pour délibérer sur la culpabilité puis sur la peine. L'article 349 du code de procédure pénale prévoit que la cour doit répondre, par oui ou par non, à toutes les questions spécifiées dans le dispositif de l'arrêt de renvoi et que chaque question est posée comme suit : « L'accusé est-il coupable d'avoir commis tel fait ? » Il faut une majorité de huit voix au moins pour déclarer l'accusé coupable des faits qui lui sont reprochés.

57. Pour ce qui est de la présence de l'accusé à l'audience de jugement, l'article 215 du code de procédure pénale prévoit que l'arrêt de mise en accusation, qui doit contenir, à peine de nullité, l'exposé et la qualification légale des faits, décerne en outre une ordonnance de prise de corps contre l'accusé dont il précise l'identité. L'article 215-1 dispose que l'accusé qui se trouve en liberté doit se constituer prisonnier au plus tard la veille de l'audience de la cour d'assises et que l'ordonnance de prise de corps est exécutée si, dûment convoqué et sans motif d'excuse légitime, l'accusé ne se présente pas le jour fixé pour être interrogé par le président de la cour d'assises. L'article 270 prévoit que si l'accusé ne peut être saisi ou ne se présente pas, on procède contre lui par contumace (paragraphe 59-61 ci-dessous).

58. Dès que l'arrêt de mise en accusation est devenu définitif et que l'accusé détenu a été transféré dans la maison d'arrêt du lieu où se tiennent les assises, le président de la cour d'assises doit, en vertu de l'article 273, interroger l'accusé sur son identité et s'assurer que l'arrêt de renvoi lui a bien été signifié. Il doit également, en vertu de l'article 274, inviter l'accusé à choisir un avocat pour l'assister dans sa défense et, à défaut, lui en désigner un d'office. En effet, en application de l'article 317, la présence d'un défenseur auprès de l'accusé à l'audience est obligatoire et si aucun conseil ne se présente pour l'accusé, le président doit lui en commettre un d'office. En vertu de l'article 320, lorsque l'accusé refuse de comparaître à l'audience, après sommation par huissier, le président peut ordonner qu'il soit amené par la force devant la cour. Il peut également ordonner que, nonobstant son absence, il soit passé outre aux débats.

59. En ce qui concerne le déroulement d'une procédure par contumace, les principales dispositions du code de procédure pénale français sont les suivantes :

**Article 627**

«Lorsque, après un arrêt de mise en accusation, l'accusé n'a pu être saisi ou ne se représente pas dans les dix jours de la signification qui en a été faite à son domicile, ou lorsque après s'être présenté ou avoir été saisi, il s'est évadé, le président de la cour d'assises ou en son absence le président du tribunal du lieu où se tiennent les assises, ou le magistrat qui le remplace, rend une ordonnance portant qu'il est tenu de se représenter dans un nouveau délai de dix jours, sinon, qu'il sera déclaré rebelle à la loi, qu'il sera suspendu de l'exercice de ses droits de citoyen, que ses biens seront séquestrés pendant l'instruction de la contumace, que toute action en justice lui sera interdite pendant le même temps, qu'il sera procédé contre lui et que toute personne est tenue d'indiquer le lieu où il se trouve. Cette ordonnance fait de plus mention du crime et de l'ordonnance de prise de corps.»

**Article 628**

«Dans le délai de huit jours, cette ordonnance est insérée dans l'un des journaux du département et affichée à la porte du domicile de l'accusé, à celle de la mairie de sa commune et à celle de l'auditoire de la cour d'assises. Le procureur général adresse une expédition de cette ordonnance au directeur des domaines du domicile du contumax.»

**Article 629**

«Après un délai de dix jours, il est procédé au jugement de la contumace.»

**Article 630**

«Aucun conseil, aucun avoué ne peut se présenter pour l'accusé contumax. Toutefois, si l'accusé est dans l'impossibilité absolue de déférer à l'injonction contenue dans l'ordonnance prévue par l'article 627, ses parents ou ses amis peuvent proposer son excuse.»

**Article 631**

«Si la cour trouve l'excuse légitime, elle ordonne qu'il soit sursis au jugement de l'accusé et, s'il y a lieu, au séquestre de ses biens pendant un temps qui est fixé eu égard à la nature de l'excuse et à la distance des lieux.»

**Article 632**

«Hors ce cas, il est procédé à la lecture de l'arrêt de renvoi à la cour d'assises, de l'exploit de signification de l'ordonnance ayant pour objet la représentation du contumax et des procès-verbaux dressés pour en constater la publication et l'affichage. Après cette lecture, la cour, sur les réquisitions du procureur général, prononce la contumace. Si l'une des formalités prescrites par les articles 627 et 628 a été omise, la cour déclare nulle la procédure de contumace et ordonne qu'elle sera recommencée à partir du plus ancien acte illégal. Dans le cas contraire, la cour prononce sans l'assistance de jurés sur l'accusation, sans pouvoir, en cas de condamnation, accorder le bénéfice des circonstances atténuantes au contumax. La cour statue ensuite sur les intérêts civils.»

**Article 633**

« Si le contumax est condamné, ses biens, s'ils n'ont pas fait l'objet d'une confiscation, sont maintenus sous séquestre et le compte de séquestre est rendu à qui il appartiendra après que la condamnation est devenue irrévocable par l'expiration du délai donné pour la purge de la contumace. »

**Article 635**

« A partir de l'accomplissement des mesures de publicité prescrites par [l'article 634], le condamné est frappé de toutes les déchéances prévues par la loi. »

**Article 636**

« Le pourvoi en cassation n'est pas ouvert au contumax. »

60. L'article 639, relatif à la purge de la contumace, prévoit ce qui suit :

« Si le contumax se constitue prisonnier ou s'il est arrêté avant que la peine soit éteinte par prescription, l'arrêt et les procédures faites depuis l'ordonnance de se représenter sont anéantis de plein droit et il est procédé à son égard dans les formes ordinaires. (...) »

61. La jurisprudence précise que le décès du condamné par contumace au cours du délai de prescription de la peine entraîne l'irrévocabilité de la condamnation (Cour de cassation, chambre criminelle, 1<sup>er</sup> juillet 1954, *Recueil Dalloz* 1954, p. 550).

62. La Résolution (75) 11 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe portant sur les critères à suivre dans la procédure de jugement en l'absence du prévenu énumère par ailleurs un certain nombre de règles minimales, dont les suivantes :

« 1. Nul ne peut être mis en jugement s'il n'a été au préalable atteint effectivement par une citation remise en temps utile pour lui permettre de comparaître et de préparer sa défense, sauf s'il est établi qu'il s'est soustrait volontairement à la justice.

(...)

4. Il n'y a pas lieu de juger le prévenu en son absence s'il est possible et opportun de transmettre la procédure à un autre Etat ou de présenter une demande d'extradition.

5. Lorsque le prévenu est jugé en son absence, il est procédé à l'administration des preuves dans les formes usuelles, et la défense a le droit d'intervenir.

(...)

7. Toute personne jugée en son absence doit pouvoir attaquer le jugement par toutes les voies de recours qui lui seraient ouvertes si elle avait été présente. »

## EN DROIT

### I. SUR L'EXCEPTION PRÉLIMINAIRE DU GOUVERNEMENT

63. Devant la Cour, le Gouvernement soulève le non-épuisement des voies de recours internes. Il estime que, dans la mesure où le requérant a encore la possibilité de purger la contumace, la condamnation par la cour d'assises n'a aucun caractère définitif: elle n'est que provisoire, au moins tant qu'il n'y a pas prescription de la peine. Dès lors, si le requérant se constitue prisonnier ou s'il est arrêté, l'arrêt du 13 mars 1995 est automatiquement annulé et il y aura nécessairement un nouveau procès, où le requérant aura toute latitude pour présenter ses moyens de défense. De même, après la purge de la contumace et le nouveau procès d'assises, le requérant aura tout à fait normalement la possibilité de se pourvoir en cassation contre l'arrêt de la cour d'assises.

64. Le requérant s'oppose à cette thèse. Il fait valoir que ses griefs sont relatifs à la conduite de la procédure par contumace proprement dite et que l'équité éventuelle de la procédure devant la cour d'assises en cas de purge de la contumace ne fait pas l'objet de sa requête devant les organes de la Convention: ce qu'il critique est l'impossibilité absolue, prévue par les articles 630 et 636 du code de procédure pénale, d'être défendu par un conseil lors de l'audience et de se pourvoir en cassation contre un arrêt de cour d'assises rendu par contumace. Il souligne, en outre, qu'il est inexact de prétendre qu'un arrêt de condamnation par contumace n'est que provisoire. En l'espèce, l'arrêt rendu sur les intérêts civils a fait l'objet d'une procédure d'exécution en Allemagne à l'initiative de la partie civile et il y a eu non seulement un mandat d'arrêt lancé par les autorités françaises mais aussi une procédure d'extradition diligentée contre lui en Autriche. Enfin, le requérant soutient que la purge de la contumace ne serait pas un recours au sens de l'article 35 § 1 de la Convention, dans la mesure où son exercice est conditionné par l'incarcération préalable de l'accusé, condition qui n'est pas prévue à la Convention. De plus, la possibilité d'ouvrir un procès en purge de la contumace n'efface en rien les violations constatées lors de la première phase, notamment l'impossibilité de la représentation par un avocat ou l'interdiction du pourvoi en cassation.

65. Il est vrai que tout requérant doit avoir donné aux juridictions internes l'occasion que l'article 35 § 1 a pour finalité de ménager en principe aux Etats contractants: éviter ou redresser les violations alléguées (arrêt *Cardot c. France* du 19 mars 1991, série A n° 200, p. 19, § 36). Néanmoins, la Cour rappelle que les dispositions de l'article 35 de la Convention ne prescrivent l'épuisement que des recours à la fois relatifs aux violations incriminées, disponibles et adéquats. Ils doivent exister à un degré suffisant de certitude, non seulement en théorie mais aussi en

pratique, sans quoi leur manquent l'effectivité et l'accessibilité voulues ; il incombe à l'Etat défendeur de démontrer que ces exigences se trouvent réunies (voir notamment l'arrêt *Civet c. France* [GC], n° 29340/95, § 41, CEDH 1999-VI).

66. En l'occurrence, la Cour observe qu'à partir du moment où un accusé ne se présente pas ou n'est pas saisi dans un délai de dix jours après la signification de l'arrêt de mise en accusation devant la cour d'assises, le droit français prévoit qu'il sera jugé par contumace. Comme le souligne le requérant, c'est le déroulement de cette procédure de jugement en l'absence de l'accusé qui fait l'objet de la présente requête.

67. Certes, la condamnation par contumace n'est pas définitive mais la Cour estime que la purge de la contumace, qui permet à l'accusé d'être rejugé, ne peut être assimilée à une « voie de recours » au sens ordinaire de ce terme. En effet, son exercice peut ne dépendre que d'un fait matériel, à savoir l'arrestation de l'accusé, laquelle, par définition, n'est pas en ce qui le concerne un acte volontaire.

Il est vrai que la purge de la contumace est également mise en œuvre si l'accusé se constitue prisonnier. La Cour estime que la condition ainsi mise à l'ouverture d'un nouveau procès ne relève pas de l'exercice normal des voies de recours internes, au sens de l'article 35 de la Convention. En effet, l'obligation d'épuisement préalable ne vise que l'introduction, à l'initiative du requérant et dans les formes et délais prescrits par le droit interne, des recours susceptibles de remédier à la situation dont il se plaint.

En outre, la tenue d'un nouveau procès, le cas échéant, n'est pas en soi de nature à éviter ou à redresser les violations intervenues dans la phase de jugement par contumace. Enfin, la mise en œuvre de la purge de la contumace n'est soumise à aucune condition de forme ou de délai et peut se révéler purement hypothétique si l'accusé n'est pas arrêté ou ne se constitue pas prisonnier avant que la peine ne soit prescrite.

68. Partant, il convient de rejeter l'exception préliminaire du Gouvernement.

## II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 6 §§ 1 ET 3 c) DE LA CONVENTION

69. Le requérant se plaint d'avoir été condamné par contumace par la cour d'assises de Paris sans avoir pu assurer sa défense puisqu'à partir de l'arrêt de renvoi en cour d'assises, son refus de se constituer prisonnier en exécution de l'ordonnance de prise de corps fut sanctionné par l'interdiction d'être représenté et défendu par ses avocats, conformément à l'article 630 du code de procédure pénale. Il invoque

l'article 6 §§ 1 et 3 c) de la Convention, libellé comme suit dans ses parties pertinentes :

« 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement (...) par un tribunal indépendant et impartial (...)

(...)

3. Tout accusé a droit notamment à :

(...)

c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix (...)

(...)»

## A. Thèses des comparants

### 1. Le requérant

70. A titre liminaire, le requérant souligne que la procédure de contumace diligentée contre lui s'est déroulée dans des circonstances tout à fait particulières. En effet, il avait bénéficié pour les mêmes faits en Allemagne de quatre décisions successives de classement sans suite faute de preuves suffisantes et la procédure poursuivie en France par la partie civile ne visait qu'à remettre en cause ces décisions. Il ne fut formellement inculqué par le juge d'instruction français qu'en 1991, soit sept années après l'ouverture de l'information en France. Entre 1984 et 1991, il ne fut entendu que comme témoin et n'avait aucune raison de se déplacer en France, d'autant que, par le biais de commissions rogatoires, le juge français eut accès à tous les éléments des enquêtes conduites en Allemagne. Il souligne également qu'à aucun moment pendant cette période le juge d'instruction ne jugea utile de lancer un mandat d'arrêt contre lui et que ce n'est que par l'arrêt de renvoi devant la cour d'assises pris par la chambre d'accusation de Paris le 8 avril 1993 que sa prise de corps fut ordonnée.

71. En ce qui concerne sa comparution à l'audience de la cour d'assises statuant par contumace, le requérant souligne qu'il avait chargé ses avocats de soulever *in limine litis* une exception de procédure d'ordre public, à savoir l'impossibilité pour la cour d'assises, en vertu du principe *ne bis in idem*, de juger un homme qui avait déjà bénéficié en Allemagne de décisions définitives de classement sans suite pour les mêmes faits.

72. Le requérant soutient également que la sanction de sa non-comparution (à savoir l'interdiction d'être représenté et défendu, le refus de nouvelles mesures d'investigation) revêt un caractère disproportionné. Il estime d'abord que sa comparution personnelle était sans intérêt puisque la cour d'assises aurait dû se prononcer d'office sur le principe *ne bis in idem*, avant même d'examiner les charges retenues contre lui. Mais le requérant considère surtout que les nécessités d'une bonne



administration de la justice ne justifient pas l'interdiction de représentation de l'accusé. En effet, la suppression de tous les caractères fondamentaux d'un procès équitable constitue en soi une sanction disproportionnée de la non-comparution de l'accusé. L'exercice des droits de la défense est subordonné à une incarcération, ce qui constitue une condition inacceptable. Le requérant fait d'ailleurs valoir que cette incarcération n'a visiblement pas été considérée comme essentielle dans la mesure où aucun mandat d'arrêt international n'avait été lancé pendant toute la procédure d'instruction criminelle. Enfin, le requérant se réfère à une circulaire du ministère de la Justice datée du 31 décembre 1999, qui concerne l'application de la loi du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale, dont il ressort qu'en matière correctionnelle, lorsque les poursuites auront été engagées à l'initiative de la partie civile, le prévenu pourra toujours se faire représenter par son avocat, quelle que soit la peine encourue. Il n'aperçoit pas de raison pour laquelle il en irait autrement en matière criminelle.

## *2. Le Gouvernement*

### **a) Sur la nécessité d'une comparution personnelle de l'accusé en matière criminelle**

73. Le Gouvernement rappelle tout d'abord que l'obligation mise à la charge d'un accusé de comparaître en personne devant la juridiction de jugement est une garantie essentielle de bonne justice. Pour les crimes les plus graves, justiciables de la cour d'assises et passibles de peines pouvant aller jusqu'à la réclusion criminelle à perpétuité, la participation de l'accusé à son procès est essentielle, tant pour lui-même que pour les victimes. En effet, la cour d'assises, par laquelle le peuple français est associé à la décision de justice, doit refaire oralement à l'audience une instruction totale du dossier.

L'accusé est ainsi appelé à présenter sa version des faits, à répondre aux questions des juges, des jurés ou du procureur. Il peut contester les conclusions des experts et les dépositions des témoins, convoquer les siens, demander à être confronté avec les victimes, etc. Enfin, en cas de déclaration de culpabilité, sa présence fournit aux juges la possibilité d'individualiser la sanction. Pour le Gouvernement, il n'est pas envisageable de juger un inconnu qui n'aura pu être observé ou entendu : on ne peut rendre la justice en se fondant uniquement sur le plaidoyer d'un avocat, car ce n'est jamais lui qui ira en prison ou indemniser les victimes.

74. Selon le Gouvernement, il est impératif d'empêcher les abstentions délibérées ou, à tout le moins, d'empêcher qu'elles paralysent le bon fonctionnement du système répressif. Consacrer en

matière criminelle un droit inconditionnel à la représentation par un avocat créerait un profond déséquilibre entre les parties à un procès pénal et inciterait les criminels à refuser de se présenter devant la justice ou à organiser leur fuite à l'étranger pendant que leurs avocats plaideraient pour eux. Une telle solution irait en, outre, à l'encontre des efforts de la communauté internationale pour lutter contre l'impunité des criminels accusés des plus graves violations des droits de l'homme en instituant un mécanisme de comparution *in personam* de ceux-ci.

75. En matière de procédure criminelle en France, le corollaire de l'obligation de comparution personnelle de l'accusé est la faculté pour le prévenu d'être défendu par un avocat. Le Gouvernement souligne que l'article 6 § 3 c) de la Convention parle d'«assistance» et non de «représentation». Comme l'a relevé également le tiers intervenant, en droit français, le premier terme impliquerait la présence du justiciable *aux côtés* de son avocat, le second son remplacement juridique par celui-ci. Or, en matière criminelle, les articles 274 et 317 du code de procédure pénale imposent l'assistance par un avocat, mais ne permettent pas sa représentation.

76. La question se pose dès lors de savoir si un accusé qui s'abstient délibérément de comparaître reste en droit d'«avoir l'assistance d'un défenseur de son choix», au sens de l'article 6 § 3 c). Le Gouvernement estime que non, puisque l'accusé refuse dans ce cas de respecter l'un des impératifs catégoriques de la procédure pénale. Son comportement interdit en effet la tenue d'une audience véritablement contradictoire, au moins tant qu'il ne change pas d'attitude en acceptant de comparaître ou tant qu'il n'est pas arrêté. La suppression du droit à l'assistance d'un conseil aussi longtemps que l'accusé se soustrait volontairement à la justice n'est alors pas disproportionnée car elle est justifiée par les nécessités d'une bonne administration de la justice: il faut pouvoir mettre un terme aux instructions dans un délai raisonnable, éviter la prescription et le dépérissement des preuves.

#### b) Sur la purge de la contumace

77. Le Gouvernement souligne que la présente affaire est la première, depuis une série d'arrêts rendus contre l'Italie, et notamment l'arrêt *Colozza* de 1985, à poser devant la Cour le problème de la compatibilité avec la Convention des procès criminels *in absentia*, appelés en droit français procédures par contumace. Or, dans cet arrêt, la Cour avait reconnu que «l'impossibilité d'une procédure par contumace ou par défaut risque de paralyser l'exercice de l'action publique en entraînant, par exemple, l'altération des preuves, la prescription de l'infraction ou un déni de justice» (arrêt *Colozza c. Italie* du 12 février 1985, série A n° 89, p. 15, § 29).

78. La Cour n'avait conclu à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention que parce que M. Colozza, qui n'était pas au courant des poursuites, avait subi une perte totale et irrémédiable du droit de participer à l'audience, le droit italien ne lui donnant pas la possibilité d'obtenir qu'une juridiction statue à nouveau, après l'avoir entendu, sur le bien-fondé de l'accusation portée contre lui (*ibidem*, p. 15, § 29 *in fine*). Or cette possibilité existe en droit français: c'est la purge de la contumace, prévue à l'article 639 du code de procédure pénale. C'est d'ailleurs en se référant à cette possibilité que la Commission européenne des Droits de l'Homme, dans la seule affaire française de contumace examinée jusqu'à présent par les organes de la Convention, avait conclu au défaut manifeste de fondement, en relevant que l'accusé dans cette affaire avait participé à la procédure d'instruction et refusé de recevoir notification de l'arrêt de mise en accusation (*B. c. France*, requête n° 10291/83, décision de la Commission du 12 mai 1986, Décisions et rapports (DR) 47, p. 59).

79. En l'espèce, le requérant était au courant des poursuites diligentées contre lui, il a reçu notification de l'arrêt de mise en accusation et a volontairement renoncé à comparaître parce qu'il craignait d'être arrêté. Sachant que l'Allemagne n'extrade pas ses nationaux, il a préféré demeurer à l'abri dans son pays. Dès lors, il n'y avait d'autre possibilité pour les autorités judiciaires françaises que de le juger par contumace.

80. Le Gouvernement soutient que l'arrêt rendu par contumace ne porte pas préjudice au condamné, puisqu'il a un caractère essentiellement conservatoire dans l'attente d'une purge de la contumace par le contumax, purge qui est automatique lorsque l'accusé se retrouve entre les mains de la justice. L'arrêt de condamnation deviendra caduc et un nouveau procès, dans lequel le droit à l'assistance d'un avocat retrouvera toute sa portée, va nécessairement se substituer au précédent.

81. Il relève enfin que, s'agissant du droit d'être défendu par un avocat en cas de refus explicite de comparution de l'accusé, la Cour s'est systématiquement référée, dans les procédures pénales par défaut qu'elle a été amenée à examiner, à l'impossibilité de faire opposition aux jugements rendus (arrêt *Poitrimol c. France* du 23 novembre 1993, série A n° 277-A, p. 15, § 35; arrêts *Lala et Pelladoah c. Pays-Bas* du 22 septembre 1994, série A n°s 297-A et 297-B, respectivement p. 13, § 33 *in fine*, et pp. 34-35, § 40; arrêt *Van Geysseghem c. Belgique* [GC], n° 26103/95, § 29, CEDH 1999-I, s'agissant d'une procédure d'opposition à un jugement correctionnel rendu par défaut). Or tous ces arrêts concernaient des procédures correctionnelles et non pas criminelles et la purge de la contumace se différencie de l'opposition en ce qu'elle a un caractère automatique et obligatoire: l'accusé ne peut, comme en matière correctionnelle, acquiescer au jugement, faire opposition puis se désister ni, dans certaines hypothèses, faire appel.

Le Gouvernement estime donc que l'impossibilité d'être défendu par un avocat lors de la procédure de jugement par contumace ne porte pas atteinte, en raison de la possibilité de la purge de la contumace, de manière irrémédiable et disproportionnée à l'exercice des droits de la défense et qu'il n'y a donc pas violation de l'article 6 § 1, combiné avec l'article 6 § 3 c) de la Convention.

## B. Appréciation de la Cour

82. Comme les exigences du paragraphe 3 de l'article 6 s'analysent en aspects particuliers du droit à un procès équitable garanti par le paragraphe 1, la Cour examinera le grief sous l'angle de ces deux dispositions combinées (arrêt *Van Geyselghem* précité, § 27).

83. La présente espèce se distingue des affaires *Goddi, Colozza, F.C.B. et T. c. Italie* (arrêts du 9 avril 1984, série A n° 76, p. 10, § 26; précité, pp. 14-15, § 28; du 28 août 1991, série A n° 208-B, pp. 20-21, §§ 30-33; du 12 octobre 1992, série A n° 245-C, pp. 41-42, § 27), qui concernaient toutes la procédure italienne de contumace, en ce que le requérant avait reçu en l'espèce notification de la date d'audience devant la cour d'assises de Paris et décida lui-même de ne pas comparaître. Il se trouve dès lors dans une situation comparable à celle examinée par la Cour dans les affaires *Poitrinol, Lala, Pelladoah* et *Van Geyselghem* précitées.

84. La Cour rappelle que, dans la première de ces affaires, elle a estimé que la comparution d'un prévenu revêtait une importance capitale et que, dès lors, le législateur devait pouvoir décourager les abstentions injustifiées (arrêt *Poitrinol* précité, p. 15, § 35). Elle a toutefois précisé qu'il était aussi « d'une importance cruciale pour l'équité du système pénal que l'accusé soit adéquatement défendu tant en première instance qu'en appel, *a fortiori* lorsque, comme c'est le cas en droit néerlandais, les décisions rendues en appel ne sont pas susceptibles d'opposition » (arrêts *Lala* et *Pelladoah* précités, respectivement p. 13, § 33, et pp. 34-35, § 40). Elle a ajouté que c'est ce dernier intérêt qui prévalait et que, par voie de conséquence, le fait que l'accusé, bien que dûment assigné, ne compareisse pas ne saurait – même à défaut d'excuse – justifier qu'il soit privé du droit à l'assistance d'un défenseur que lui reconnaît l'article 6 § 3 c) de la Convention (*ibidem*). Pour la Cour, il appartient aux juridictions d'assurer le caractère équitable d'un procès et de veiller par conséquent à ce qu'un avocat, qui à l'évidence y assiste pour défendre son client en l'absence de celui-ci, se voie donner l'occasion de le faire (*ibidem*, p. 14, § 34, et p. 35, § 41).

85. Il est vrai qu'une procédure se déroulant en l'absence du prévenu n'est pas en soi incompatible avec la Convention s'il peut obtenir ultérieurement qu'une juridiction statue à nouveau, après l'avoir

entendu, sur le bien-fondé de l'accusation en fait comme en droit (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Colozza* précité, p. 15, § 29). La Cour ne peut toutefois suivre le Gouvernement lorsqu'il soutient que la constatation de l'absence d'une possibilité d'opposition contre un condamné par défaut a été décisive dans la motivation des arrêts *Lala* et *Pelladoah*. C'est en effet de manière surabondante que la proposition commençant par la locution adverbiale «*a fortiori*» a été introduite dans ces arrêts (p. 13, § 33, et pp. 34-35, § 40, respectivement).

86. La Cour ne voit aucune raison de s'écarter de cette approche, réaffirmée en dernier lieu par l'arrêt *Van Geyselghem* précité (§§ 33 et 34), au motif qu'il s'agit en l'espèce d'une procédure criminelle devant une cour d'assises et non pas devant un tribunal ou une cour statuant en matière correctionnelle.

Il n'a jamais été contesté que la présence de l'accusé à un procès pénal revêt une importance capitale en raison tant du droit d'être entendu que de la nécessité de contrôler l'exactitude de ses affirmations et de les confronter avec les dires de la victime, dont il y a lieu de protéger les intérêts, ainsi que des témoins (arrêt *Poitrimol* précité, p. 15, § 35). Cela vaut pour un procès d'assises comme pour un procès correctionnel.

87. De l'avis de la Cour, la mise en œuvre de la purge de la contumace n'a une incidence sur l'exercice effectif des droits de la défense que dans l'hypothèse d'une arrestation de l'intéressé. Dans ce cas, les autorités ont en effet une obligation positive d'offrir à l'accusé la possibilité d'un réexamen de la cause dans son intégralité et en sa présence. En revanche, il ne saurait être question d'obliger un accusé à se constituer prisonnier pour bénéficier du droit d'être rejugé dans des conditions conformes à l'article 6 de la Convention. Ce serait en effet subordonner l'exercice du droit à un procès équitable à une sorte de caution, la liberté physique de l'intéressé (voir, *mutatis mutandis*, arrêt *Khalfaoui c. France*, n° 34791/97, §§ 43 et 44, CEDH 1999-IX).

88. Reste à examiner si, concrètement, l'interdiction faite aux avocats de la défense d'intervenir pour le requérant lors de l'audience devant la cour d'assises de Paris a porté atteinte à son droit à un procès équitable. En l'occurrence, il n'est pas contesté que le requérant avait clairement manifesté la volonté de ne pas se rendre à l'audience de la cour d'assises, donc de ne pas se défendre lui-même. En revanche, il ressort du dossier qu'il entendait être défendu par ses avocats, mandatés à cette fin et présents à l'audience.

89. La Cour ne peut adopter l'interprétation étroite que le Gouvernement donne au mot «assistance», au sens de l'article 6 § 3 c) de la Convention. Elle ne voit aucune raison de s'écarter de l'avis qu'elle avait exprimé à ce sujet dans l'affaire *Poitrimol* (arrêt précité, pp. 14-15, § 34), où le Gouvernement avait déjà suggéré d'établir une distinction entre «assistance» et «représentation» à propos d'une procédure correctionnelle.

Quoique non absolu, le droit de tout accusé à être effectivement défendu par un avocat, au besoin commis d'office, figure parmi les éléments fondamentaux du procès équitable. Un accusé n'en perd pas le bénéfice du seul fait de son absence aux débats. Même si le législateur doit pouvoir décourager les abstentions injustifiées, il ne peut les sanctionner en dérogeant au droit à l'assistance d'un défenseur (arrêt *Van Geyselghem* précité, § 34).

90. En l'espèce, la Cour observe qu'il ressort du libellé de l'article 630 du code de procédure pénale français que l'interdiction faite aux avocats de se présenter pour le contumax est absolue et que la cour d'assises statuant par contumace n'a pas la possibilité d'y déroger.

La Cour estime pourtant qu'il eût appartenu à la cour d'assises, qui siégeait sans le jury, de donner l'occasion aux avocats du requérant, présents à l'audience, de le défendre, même en son absence car, en l'espèce, le moyen de défense qu'ils entendaient développer concernait un point de droit (paragraphe 44 ci-dessus), à savoir une exception d'ordre public tirée de l'autorité de la chose jugée et du principe *ne bis in idem* (voir, *mutatis mutandis*, arrêt *Artico c. Italie* du 13 mai 1980, série A n° 37, pp. 16-17, § 34). Il n'a pas été soutenu par le Gouvernement que, même si la cour d'assises avait autorisé les avocats du requérant à plaider, elle n'aurait pas eu compétence pour examiner la question. Enfin, la Cour observe que les avocats du requérant n'ont pas davantage été autorisés à assurer la défense de leur client lors de l'audience de la cour d'assises sur les intérêts civils. Sanctionner la non-comparution du requérant par une interdiction aussi absolue de toute défense apparaît manifestement disproportionné.

91. En conclusion, il y a eu violation de l'article 6 § 1 combiné avec l'article 6 § 3 c) de la Convention.

### III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 2 DU PROTOCOLE N° 7

92. Le requérant se plaint de l'impossibilité de se pourvoir en cassation contre l'arrêt de condamnation rendu par contumace par la cour d'assises, le pourvoi en cassation n'étant pas ouvert au contumax conformément à l'article 636 du code de procédure pénale. Il invoque l'article 2 du Protocole n° 7 à la Convention, libellé comme suit :

« 1. Toute personne déclarée coupable d'une infraction pénale par un tribunal a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité ou la condamnation. L'exercice de ce droit, y compris les motifs pour lesquels il peut être excrcé, sont régis par la loi.

2. Ce droit peut faire l'objet d'exceptions pour des infractions mineures telles qu'elles sont définies par la loi ou lorsque l'intéressé a été jugé en première instance

par la plus haute juridiction ou a été déclaré coupable et condamné à la suite d'un recours contre son acquittement.»

## A. Thèses des comparants

### 1. *Le requérant*

93. Le requérant rappelle qu'il souhaitait se pourvoir en cassation contre les deux arrêts rendus par la cour d'assises de Paris, l'un sur la culpabilité et l'autre sur les intérêts civils. Or l'article 636 du code de procédure pénale prévoit en termes absolus que le pourvoi en cassation n'est pas ouvert au contumax.

Le requérant rappelle également l'importance du pourvoi en cassation en matière de procédure criminelle : la cour d'assises est en effet, en droit français, la juridiction qui décide en premier et dernier ressort du bien-fondé d'une accusation en matière pénale et qui se prononce sur les intérêts civils. Il n'y avait pas de possibilité d'appel en l'état du droit positif et, en conséquence, la Cour de cassation était la plus haute et la seule juridiction susceptible de statuer après une cour d'assises.

94. Le fait que le requérant puisse éventuellement être rejugé après purge de la contumace ne lui semble pas pertinent en l'espèce. En effet, l'arrêt rendu par contumace produit des effets personnels et patrimoniaux, qui ne pourront pas être effacés mais au mieux réparés. En outre, pour que la contumace soit purgée, il faut, s'il n'y a pas arrestation, que le requérant se constitue prisonnier pour bénéficier d'un nouveau procès dans l'attente duquel il sera nécessairement incarcéré. Or il ressort d'une circulaire du ministère de la Justice en date du 31 décembre 1999, qui concerne l'application de la loi du 23 juin 1999 sur l'efficacité de la procédure pénale, qu'à la suite de l'arrêt *Khalfaoui* précité l'obligation de mise en état prévue par l'article 583 du code de procédure pénale, qui contraint l'accusé désireux de se pourvoir en cassation à se constituer prisonnier préalablement à l'audience de la Cour de cassation faute de quoi il est déclaré déchu de son pourvoi, n'est pas conforme à la Convention.

### 2. *Le Gouvernement*

95. Le Gouvernement estime que l'interdiction faite au contumax de se pourvoir en cassation s'insère dans la logique d'un arrêt par essence provisoire et dénué d'effet exécutoire. En amont du procès par contumace, des recours ont pu être exercés, par exemple contre l'arrêt de renvoi en cours d'assises. Cet arrêt, qui purge toutes les nullités de l'instruction, est susceptible d'un pourvoi en cassation. En aval, une fois l'arrêt de contumace rendu, il existe une voie de recours spécifique qui se

substitue au pourvoi en cassation: il s'agit de la purge de la contumace. Or, en tout état de cause, la Cour de cassation ne statue qu'en droit et elle ne peut apprécier ni les circonstances de fait ni la culpabilité, pas plus que le quantum de la peine infligée. Il n'y a donc aucune raison de soumettre à un tel contrôle de légalité une décision de justice qui a pour vocation de rejoindre le néant juridique dès qu'il y a eu purge de la contumace. Il y aura un nouveau procès et, en cas de condamnation, le requérant pourra alors se pourvoir tout à fait normalement en cassation.

Le Gouvernement rappelle également que les Etats jouissent d'une marge d'appréciation pour réglementer le droit de recours (article 2 § 2 du Protocole n° 7), à condition que les limitations imposées poursuivent un but légitime et que le droit ne soit pas atteint dans sa substance même. Ce serait le cas en l'espèce: en exigeant la purge de la contumace avant de pouvoir exercer un recours en cassation, la substance du droit n'est pas atteinte puisque la possibilité de recours persiste aussi longtemps que la possibilité de purge de la contumace, c'est-à-dire pendant vingt ans. La marge d'appréciation n'aurait donc pas été dépassée et il n'y aurait pas violation de cette disposition.

## **B. Appréciation de la Cour**

96. La Cour rappelle que les Etats contractants disposent en principe d'un large pouvoir d'appréciation pour décider des modalités d'exercice du droit prévu par l'article 2 du Protocole n° 7 à la Convention. Ainsi, l'examen d'une déclaration de culpabilité ou d'une condamnation par une juridiction supérieure peut soit porter sur des questions tant de fait que de droit soit se limiter aux seuls points de droit; par ailleurs, dans certains pays, le justiciable désireux de saisir l'autorité de recours doit quelquefois solliciter une autorisation à cette fin. Toutefois, les limitations apportées par les législations internes au droit de recours mentionné par cette disposition doivent, par analogie avec le droit d'accès au tribunal consacré par l'article 6 § 1 de la Convention, poursuivre un but légitime et ne pas porter atteinte à la substance même de ce droit (*Haser c. Suisse* (déc.), n° 33050/96, 27 avril 2000, non publiée). Conforme en elle-même à l'exception autorisée par le paragraphe 2 de l'article 2, cette disposition est corroborée par la déclaration interprétative de la France qui énonce que: «Au sens de l'article 2, paragraphe 1, l'examen par une juridiction supérieure peut se limiter à un contrôle de l'application de la loi, tel que le recours en cassation.»

97. En droit français, il n'y avait pas, au moment des faits, de possibilité de faire appel d'un arrêt de cour d'assises, seul le pourvoi en cassation étant en principe ouvert. A première vue, la procédure pénale française en matière criminelle était donc conforme à l'article 2 du



Protocole n° 7 (*Loewenguth c. France* (déc.), n° 53183/99, CEDH 2000-VI, et *Deperrois c. France* (déc.), n° 48203/99, 22 juin 2000, non publiée).

98. Toutefois la Cour relève que la déclaration interprétative de la France ne vise pas l'article 636 du code de procédure pénale qui dispose expressément qu'aucun pourvoi en cassation n'est ouvert au contumax. En conséquence, la condamnation du requérant, prononcée en son absence, après examen par un seul degré de juridiction, n'est susceptible d'aucun «recours» devant une juridiction, au sens ordinaire de ce terme (paragraphe 59 et 65-66 ci-dessus).

99. Ce qui est critiqué en l'espèce par le requérant est l'impossibilité de former un pourvoi en cassation pour dénoncer les carences de la procédure de contumace elle-même. La Cour estime que la possibilité éventuelle de purge de la contumace n'est pas déterminante à cet égard (paragraphe 87 ci-dessus). En effet, si la purge de la contumace est susceptible de permettre le réexamen de la cause dans son intégralité et en présence de l'intéressé, l'obligation positive mise ainsi à la charge de l'Etat en cas d'arrestation vise essentiellement à garantir le respect du contradictoire et des droits de la défense d'une personne accusée d'une infraction pénale.

100. En l'occurrence, pour le requérant, il s'agissait à la fois de se défendre au fond contre les accusations portées contre lui et de soulever *in limine litis* une exception de procédure. La Cour attache de l'importance au fait que le requérant n'a pas eu la possibilité de faire contrôler, au moins par la Cour de cassation, la légalité du refus de la cour d'assises de laisser plaider les avocats de la défense (voir, *mutatis mutandis*, arrêt *Poitrimol* précité, p. 15, § 38 *in fine*, arrêt *Van Geyselghem* précité, § 35, et, *a contrario*, décision *Haser* précitée).

En effet, en vertu des articles 630 et 639 combinés du code de procédure pénale (paragraphe 59 ci-dessus), le requérant, d'une part, ne pouvait être défendu devant la cour d'assises par un avocat et ne l'a pas été (paragraphe 46 ci-dessus), et, d'autre part, ne pouvait pas former de pourvoi en cassation puisqu'il était contumax. Il n'avait donc de réelle possibilité ni d'être défendu en première instance ni de faire examiner sa condamnation par une juridiction supérieure.

Partant, il y a eu également violation de l'article 2 du Protocole n° 7 à la Convention.

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

101. 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

102. Le requérant demande deux millions de francs français (FRF) au titre du préjudice matériel et un million de francs au titre du préjudice moral.

Le Gouvernement considère qu'aucun préjudice matériel n'a été démontré, l'arrêt de la cour d'assises de 1995 sur les intérêts civils n'ayant pas été exécuté. En outre, le requérant ne saurait spéculer sur la conclusion à laquelle serait parvenue la cour d'assises si elle avait autorisé le requérant à se faire représenter. Enfin, s'agissant du préjudice moral, le gouvernement estime qu'un simple constat de violation constituerait une satisfaction équitable suffisante.

103. La Cour estime qu'aucun lien de causalité entre le préjudice matériel allégué et les violations constatées n'a été démontré (arrêt *Van Geyselhem* précité, § 40). Il ne sera donc pas fait droit à ce chef de demande. Quant au tort moral, la Cour l'estime suffisamment réparé par le constat de violation des articles 6 de la Convention et 2 du Protocole n° 7.

### B. Frais et dépens

104. Au titre des frais, le requérant réclame une somme totale de 500 000 FRF. Les honoraires que le requérant a effectivement versés à son avocat pour la procédure devant les juridictions françaises s'élèvent, selon les justificatifs produits, à la somme totale de 145 836,10 FRF, toutes taxes comprises (TTC), à laquelle il convient d'ajouter 18 000 FRF d'honoraires versés à l'avocat près la Cour de cassation, 2 000 FRF de frais d'avoué et 13 935,50 FRF de frais de traduction. Le requérant n'a pas réglé à son avocat la facture de 45 000 FRF relative à sa défense devant la cour d'assises et un certain nombre d'autres factures sont en souffrance.

Pour ce qui est de la procédure devant les organes de la Convention, le requérant réclame, justificatif à l'appui, une somme globale de 216 250,43 FRF, dont 50 051,20 FRF TTC ont été effectivement réglés par le requérant, qui rencontre depuis 1997 des difficultés financières.

105. Le Gouvernement estime que les sommes réclamées sont manifestement disproportionnées et devraient être substantiellement réduites, par exemple à la somme de 43 898 FRF, allouée par la Cour dans l'affaire *Khalifaoui*.

106. Lorsque la Cour constate une violation de la Convention, elle peut accorder à un requérant le paiement non seulement de ses frais et

dépens devant les organes de la Convention, mais aussi de ceux qu'il a engagés devant les juridictions nationales pour prévenir ou faire corriger par celles-ci ladite violation (voir notamment l'arrêt *Hertel c. Suisse* du 25 août 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VI, p. 2334, § 63). En l'espèce, la Cour constate que le requérant n'a pas exposé de tels frais et dépens pendant l'instruction et devant la chambre d'accusation. Partant, il y a lieu d'écarter la demande sur ce point. En revanche, M. Krombach est habilité à demander le paiement de la somme de 45 000 FRF correspondant aux frais et dépens relatifs aux audiences devant la cour d'assises, ainsi qu'une somme de 5 000 FRF, correspondant aux honoraires du pourvoi en cassation formé contre les arrêts de la cour d'assises.

Pour ce qui est des honoraires se rapportant aux procédures devant la Commission et la Cour, la Cour a apprécié la demande à la lumière des principes se dégageant de sa jurisprudence (arrêts *Nikolova c. Bulgarie* [GC], n° 31195/96, § 79, CEDH 1999-II, *Oztürk c. Turquie* [GC], n° 22479/93, § 83, CEDH 1999-VI, et *Witold Litwa c. Pologne*, n° 26629/95, § 88, CEDH 2000-III). Elle 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 sont d'un montant raisonnable. La Cour relève qu'une partie des honoraires d'avocat réclamés se rapporte à des griefs déclarés irrecevables par la Cour dans sa décision sur la recevabilité du 29 février 2000. Ces sommes n'ont donc pas été nécessairement exposées pour faire redresser une violation de la Convention constatée par la Cour (arrêt *Nikolova* précité, § 79). Le nombre d'heures que l'avocat déclare avoir passées sur l'affaire semble également excessif. Dans ces conditions, la Cour juge raisonnable d'allouer à l'intéressé la somme de 50 000 FRF TTC.

### C. Intérêts moratoires

107. Selon les informations dont la Cour dispose, le taux d'intérêt légal applicable en France à la date d'adoption du présent arrêt est de 2,74 % 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, lu en combinaison avec l'article 6 § 3 c) ;
3. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 2 du Protocole n° 7 à la Convention ;

4. *Dit* que le constat d'une violation fournit en soi une satisfaction équitable suffisante pour le dommage moral subi par le requérant ;
5. *Dit*
  - a) que l'Etat défendeur doit verser au requérant, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, 100 000 FRF (cent mille francs français) pour frais et dépens ;
  - b) que ce montant sera à majorer d'un intérêt simple de 2,74 % l'an à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement ;
6. *Rejette* la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 13 février 2001, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

S. DOLLÉ  
Greffière

W. FUHRMANN  
Président

KROMBACH v. FRANCE  
*(Application no. 29731/96)*

THIRD SECTION

JUDGMENT OF 13 FEBRUARY 2001<sup>1</sup>

---

1. Translation; original French.



SUMMARY<sup>1</sup>

**Refusal to allow an absent defendant to be represented or defended at his trial before the assize court**

**Exhaustion of domestic remedies – whether purging contempt is an effective remedy**

**Defendants tried *in absentia* deprived of the right to appeal to the Court of Cassation**

**Article 6 §§ 1 and 3 (c)**

*Defence rights – Right to defend oneself through legal assistance – Criminal proceedings – Trial in the absence of the defendant – Refusal to allow an absent defendant to be represented or defended at the trial before the assize court – Defence submission on a point of law – Absolute bar on any defence*

**Article 35 § 1**

*Exhaustion of domestic remedies – Effective domestic remedy – Purge of contempt – Whether purging contempt is an effective remedy*

**Article 2 of Protocol No. 7**

*Review of conviction and sentence – Appeal to the Court of Cassation – Defendants tried in absentia deprived of the right to appeal to the Court of Cassation*

\*  
\*   \*

In Germany in 1982 the applicant and his wife had the latter's daughter by a previous marriage to a French national to stay with them. One morning, the girl, who was fourteen years old, was found dead. The applicant had administered her a ferric substance the previous day that was supposed to be used for treating anaemia. On finding her dead, he attempted to revive her by injecting her with various products. The German police immediately started an investigation into the death at the hands of a person or persons unknown. In the light of the results of the autopsy, the public prosecutor's office made the first of several decisions to take no further action in the case. The investigation was resumed several times on the initiative of the victim's father and the public prosecutor's office took further decisions to take no further action. The last of these was upheld in May 1986 by the Principal Public Prosecutor at the Munich Court of Appeal and subsequently by the Munich Court of Appeal in September 1987. Meanwhile, the victim's father had lodged a complaint for voluntary homicide against a person or persons

---

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

unknown with the Paris investigating judge and applied to be joined as a civil party to the proceedings. During the course of the investigation in February 1991 the applicant was charged with the crime of assault resulting in an unintentional death. In March 1993 both the applicant and his lawyer failed to attend a hearing before the indictment division. In April 1993 the Indictment Division of the Paris Court of Appeal committed the applicant to stand trial in the Paris Assize Court on a count of voluntary homicide and issued an arrest warrant. In May 1993 the judgment was served on the applicant through the foreign public prosecutor's service. The applicant failed to comply with any of the summonses that were served on him inviting him for preliminary questioning in order to establish his identity. He appealed to the Court of Cassation against the committal order arguing, *inter alia*, that the *non bis in idem* principle had been contravened and that an estoppel *per rem judicatam* arose. In a judgment of September 1993 the Court of Cassation dismissed the applicant's appeal on the ground that it raised a new issue. The applicant was duly informed of the date of the hearing before the Assize Court but said that he would only attend the hearing if he received an assurance that he would remain at liberty for the duration of the trial. He added that he intended to be represented by a lawyer. The applicant's French lawyer, assisted by a German lawyer, lodged submissions. He sought permission to represent the applicant in his absence regarding various matters, namely: the existence of an estoppel *per rem judicatam*, a ruling on the estoppel issue by the Assize Court acting on its own initiative, an order for an additional investigation to secure the communication of the investigation file by the German authorities and an examination of the scope of the discharge orders. By a judgment delivered in March 1995 after a trial *in absentia*, the Assize Court found the applicant guilty of voluntary assault on his stepdaughter unintentionally causing her death and sentenced him to fifteen years' imprisonment. The Assize Court explained in its judgment that if the applicant had reported to the authorities, it could have discontinued the *in absentia* procedure and the applicant would have been able to make any requests that would assist in his defence when complying with that mandatory procedural requirement. It also reminded the applicant's lawyers, who were present at the hearing, that Article 630 of the Code of Criminal Procedure prohibited representation for absent defendants and laid down that their submissions were inadmissible. In a civil judgment that was also delivered *in absentia*, the Assize Court ordered the applicant to pay damages to the victim's father. The applicant's lawyer had lodged a note to the court in deliberations in which he pointed out that the total lack of representation for the defence in the civil action constituted a breach of Article 6 of the Convention. In June 1995 the President of the Court of Cassation made an order declaring the applicant's appeals against the judgments of the Assize Court inadmissible, as under applicable domestic law persons in contempt of court are barred from appealing to the Court of Cassation.

#### *Held*

(1) Government's preliminary objection (non-exhaustion of domestic remedies): Although the applicant's conviction following a trial *in absentia* was not final, the procedure whereby the accused was entitled to a retrial in the event of the contempt being purged could not be equated to a "remedy" within the ordinary



meaning of that word, since its availability depended upon a circumstance, namely the accused's arrest, which by definition was not a voluntary act on the accused's part. The contempt would also be purged if the accused surrendered to custody, but that condition for obtaining a retrial meant that it was not a domestic remedy that it would be reasonable to require the applicant to exhaust for the purposes of Article 35. In addition, were a retrial to be held, it would not of itself avoid or remedy violations that had occurred at the trial *in absentia* stage. Lastly, there was no prescribed time-limit for purging contempt and it was a procedure that could prove purely hypothetical if the accused was not arrested or did not surrender to custody before the time allowed for enforcing the sentence had expired. The preliminary objection was therefore dismissed.

(2) Article 6 §§ 1 and 3 (c): While it was of capital importance for a defendant to appear at his trial before the criminal court, or, as in the case before the Court, the assize court, it was the accused's interest in being adequately defended by a lawyer that prevailed. Consequently, the fact that the defendant, in spite of being properly summonsed, had not appeared, could not – even in the absence of an excuse – justify depriving him of his right to be defended by counsel. Fairness demanded that counsel who attended trial for the apparent purpose of defending the accused in his absence should be given the opportunity to do so. The procedure for a retrial after the contempt had been purged only affected the effective exercise of the defence rights if the accused was arrested, for in such cases the authorities had an obligation to afford the accused an opportunity to have a complete rehearing of the case in his presence. There could be no question of an accused being obliged to surrender to custody in order to secure the right to be retried in conditions that complied with Article 6, for that would entail making the exercise of the right to a fair hearing conditional on the accused offering up his physical liberty as a form of guarantee. In the case before it, the Court had to examine whether in practice the bar on the defence lawyers appearing for the applicant at the trial before the assize court had adversely affected his right to a fair hearing. Even if the legislature had to be able to discourage unjustified absences, it could not penalise them by creating exceptions to the right to legal assistance. Under the domestic law applicable in the case before the Court, the bar on lawyers representing an accused being tried *in absentia* was absolute and the assize court had no possibility of derogating from that rule. However, it should have been for the assize court, which was sitting without a jury, to afford the applicant's lawyers an opportunity to put forward the defence case even in his absence, as the argument they intended to rely on concerned a point of law, mainly an objection based on an estoppel *per rem judicatam* and the *non bis in idem* rule. The Government had not suggested that the assize court would have had no jurisdiction to examine the issue had it given the applicant's lawyers permission to plead it. Lastly, it had to be observed that the applicant's lawyers had not been given permission to represent their clients at the hearing before the assize court on the civil claims either. To penalise the applicant's failure to appear by such an absolute bar on any defence appeared manifestly disproportionate.

*Conclusion:* violation (unanimously).

(3) Article 2 of Protocol No. 7: As regards the applicant's complaint that he had had no right of appeal to the Court of Cassation against defects in the trial *in absentia* procedure itself, the Court considered that the fact that the accused

could purge his contempt was not decisive, as it was intended essentially to guarantee adversarial process and compliance with the defence rights of a person accused of a criminal offence. In the case before the Court the applicant had sought both to defend the charges on the merits and to raise a preliminary procedural objection. The Court attached weight to the fact that the applicant had been unable to obtain a review, at least by the Court of Cassation, of the lawfulness of the assize court's refusal to allow the defence lawyers to plead. Under the applicable domestic legislation, the applicant could not be and was not represented in the assize court by a lawyer and was unable to appeal to the Court of Cassation as he was a defendant *in absentia*. He had therefore been deprived of any possibility of being defended at first instance or of having his conviction reviewed by a higher court.

*Conclusion*: violation (unanimously).

Article 41: The Court awarded certain sums for costs and expenses.

### Case-law cited by the Court

- Artico v. Italy*, judgment of 13 May 1980, Series A no. 37  
*Goddi v. Italy*, judgment of 9 April 1984, Series A no. 76  
*Colozza v. Italy*, judgment of 12 February 1985, Series A no. 89  
*Cardot v. France*, judgment of 19 March 1991, Series A no. 200  
*F.C.B. v. Italy*, judgment of 28 August 1991, Series A no. 208-B  
*T. v. Italy*, judgment of 12 October 1992, Series A no. 245-C  
*Poitrimol v. France*, judgment of 23 November 1993, Series A no. 277-A  
*Lala v. the Netherlands*, judgment of 22 September 1994, Series A no. 297-A  
*Pelladoah v. the Netherlands*, judgment of 22 September 1994, Series A no. 297-B  
*Hertel v. Switzerland*, judgment of 25 August 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VI  
*Van Geyselghem v. Belgium* [GC], no. 26103/95, ECHR 1999-I  
*Nikolova v. Bulgaria* [GC], no. 31195/96, ECHR 1999-II  
*Civet v. France* [GC], no. 29340/95, ECHR 1999-VI  
*Oztürk v. Turkey* [GC], no. 22479/93, ECHR 1999-VI  
*Khalifaoui v. France*, no. 34791/97, ECHR 1999-IX  
*Witold Litwa v. Poland*, no. 26629/95, ECHR 2000-III  
*Haser v. Switzerland* (dec.), no. 33050/96, 27 April 2000, unreported  
*Loewenguth v. France* (dec.), no. 53183/99, ECHR 2000-VI  
*Deperrois v. France* (dec.), no. 48203/99, 22 June 2000, unreported

**In the case of Krombach v. France,**

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

Mr W. FUHRMANN, *President*,

Mr J.-P. COSTA,

Mr L. LOUCAIDES,

Mr P. KÜRIS,

Mrs F. TULKENS,

Mr K. JUNGWIERT,

Sir Nicolas BRATZA, *judges*,

and Mrs S. DOLLÉ, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 30 May and 23 January 2001,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 29731/96) 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 German national, Mr Dieter Krombach (“the applicant”), on 29 November 1995.

2. The applicant was represented by Mr F. Serres, a lawyer practising in Paris. The French Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr J.-F. Dobbelle, Deputy Director of Legal Affairs, Ministry of Justice.

3. The applicant alleged, in particular, that he had been barred by Article 630 of the Code of Criminal Procedure from presenting his defence through a lawyer at his trial *in absentia* before the assize court. In that connection, he alleged a violation of Article 6 §§ 1 and 3 (c) of the Convention. He also complained of a violation of Article 2 of Protocol No. 7 on the ground that Article 636 of the Code of Criminal Procedure prohibited appeals to the Court of Cassation by persons who have been convicted *in absentia*.

4. The application was transmitted to the Court on 1 November 1998, when Protocol No. 11 to the Convention came into force (Article 5 § 2 of Protocol No. 11).

5. The application was allocated to the Third Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). Within that Section, the Chamber that would consider the case (Article 27 § 1 of the Convention) was constituted as provided in Rule 26 § 1.

6. By a decision of 29 February 2000 the Chamber declared the application partly admissible<sup>1</sup>.

---

1. *Note by the Registry.* The Court's decision is obtainable from the Registry.

7. The applicant and the Government each filed observations on the merits (Rule 59 § 1). The parties replied in writing to each other's observations. In addition, third-party comments were received from Mr A. Bamberski, the civil party in the criminal proceedings against the applicant, who had been given leave by the President to intervene in the written procedure (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 61 § 3). In accordance with Article 36 § 1 of the Convention the German Government were invited to submit written comments but declined to do so.

8. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 30 May 2000 (Rule 59 § 2).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mr J.-F. DOBELLE, Deputy Director of Legal Affairs, Ministry of Foreign Affairs,	<i>Agent,</i>
Mr B. NEDELEC, <i>magistrat</i> , on secondment to the Human Rights Section, Ministry of Foreign Affairs,	
Mr G. BITTI, Special Adviser, Human Rights Office, European and International Affairs Service, Ministry of Justice,	
Mr P.C. SOCCOJA, Civil Administrator, Human Rights Office, European and International Affairs Service, Ministry of Justice,	
Mr F. CAPIN DULHOSTE, <i>magistrat</i> , Criminal Justice and Individual Freedoms Office, Criminal Cases Department, Ministry of Justice,	<i>Advisers;</i>

b) *for the applicant*

Mr F. SERRES, of the Paris Bar,	<i>Counsel.</i>
---------------------------------	-----------------

The Court heard addresses by Mr Serres and Mr Dobelle.

## THE FACTS

### THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

#### A. Particular circumstances of the case

9. In April 1977 the applicant, a widower with two children, remarried. His second wife was a French national who herself had two children from a

previous marriage with a French national from whom she had been divorced in 1976. During the summer of 1982 the applicant's wife's son and daughter were on school holidays at the applicant's home at Lindau, near Lake Constance.

10. The daughter, K.B., was fourteen years old and a French national. On 9 July 1982 she spent the day wind surfing. On her return she complained that she felt tired and was not as tanned as she would have liked. As he had done several times in the past, the applicant injected her at about 8.30 p.m. with a ferric preparation that was sold under the brand name Kobalt-Ferrcelit and was in principle intended for the treatment of anaemia.

11. At about 9.30 a.m. on 10 July 1982 the applicant found K.B. dead in her bedroom and proceeded to inject her with various products in an attempt to revive her. A call was made to the emergency services and the body examined by a doctor at about 10.20 a.m. He put the time of death at about 3 a.m. and found no traces of violence, apart from marks made by injections to the thorax and right arm.

#### *1. The German proceedings*

12. The police immediately started an investigation into the death at the hands of a person or persons unknown and an autopsy was carried out by two pathologists on 12 July 1982. Although they were unable to determine the cause of death, primarily because the body was in an advanced state of decomposition, they found no evidence of sexual or other assault. Consequently, on 17 August 1982 the Kempten public prosecutor's office made the first of four decisions to take no further action in the case, in accordance with Article 170 § 2 of the German Code of Criminal Procedure.

13. The girl's father then requested the Kempten public prosecutor's office to make further inquiries, notably on the ground that the autopsy report had been criticised by a French forensic doctor to whom he had submitted a copy. The public prosecutor's office agreed to his request and sought an expert opinion from the Institute of Forensic Medicine in Munich.

14. On 27 November 1982 one of the pathologists who had carried out the autopsy said that wounds found to the girl's external genitalia had been caused after death. On 3 March 1983, after he had carried out a chemo-toxicological and histological analysis and heard the pathologists, the applicant and other members of the family, the expert concluded that the girl had not died of natural causes. However, he was unable to reach any further conclusion about the cause of death, which, in his opinion, could not be attributed to the injection of the ferric product, no traces of which had been found in the body. In May 1983 a further expert

pharmacological examination was carried out to determine the side-effects or contraindications of the ferric product that had been injected on the day before the girl's death.

15. On 14 June 1983 the Public Prosecutor at the Kempten Regional Court decided for the second time to take no further action. The Principal Public Prosecutor at the Munich Court of Appeal (*Oberlandesgericht*) took the view that an appeal lodged against that decision by the victim's father on 4 July 1983 was an internal appeal (*Dienstaufsichtsbeschwerde*) and dismissed it on 20 September 1983.

16. On 17 October 1983 the victim's father lodged a complaint through his German lawyers in which the applicant was named as the suspect in the rape and murder of his daughter. The case file in the investigation that had been started in 1982 against a person or persons unknown was joined to the new investigation procedure that had been initiated on the complaint of the victim's father. On 2 November 1983 the public prosecutor's office at Kempten Regional Court decided for the third time, on the basis of the conclusions of the various experts in the previous investigation, to take no further action.

17. The decision of 2 November 1983 to take no further action was upheld by the Principal Public Prosecutor at the Munich Court of Appeal on 30 January 1984 on the ground that the investigation had produced insufficient evidence to justify a prosecution.

18. On 15 March 1984, after a petition had been sent to the Bavarian Regional Parliament, the investigation was resumed for the fourth time and on 15 April 1984 the Principal Public Prosecutor at the Court of Appeal instructed the public prosecutor's office to make further inquiries.

19. On 8 June 1984 the Kempten public prosecutor's office requested the Toulouse public prosecutor's office under arrangements for judicial mutual assistance to question the victim's younger brother, who was born in 1971, about the circumstances of his sister's death. The boy was questioned on 4 September 1984.

20. In addition, a further pharmacological report on the toxicological effects of the ferric preparation was requested from the Clinical Pharmacology Institute in Bremen, which set out its conclusions in two reports dated 15 July and 26 September 1985. On 17 July 1985 the Kempten public prosecutor's office also requested the French authorities under the arrangements for judicial mutual assistance to exhume the body which had been buried in Toulouse. The Toulouse investigating judge made an order to that effect on 30 October 1985 and on 4 December 1985 the body was exhumed and examined by two forensic doctors.

21. On 24 February 1986, in the light of the conclusions of the expert report and of the negative results of the autopsy that had been carried out after the exhumation, the Kempten public prosecutor's office decided for

the fourth time to take no further action in the case. That decision was upheld on 9 May 1986 by the Principal Public Prosecutor at the Munich Court of Appeal.

22. In accordance with the provisions of Article 172 of the German Code of Criminal Procedure, the victim's father issued proceedings (*Klageerzwingungsverfahren*) in the Munich Court of Appeal in which he complained that the Principal Public Prosecutor should not have upheld the decision to take no further action and sought an order compelling the public prosecutor's office to charge the applicant with voluntary or involuntary homicide. In a judgment of 9 September 1987 the First Criminal Division of the Munich Court of Appeal declared the appeal inadmissible.

## 2. *The French proceedings*

### (a) **The investigation**

23. On 23 January 1984, while continuing to press for the applicant's prosecution in Germany, the victim's father lodged a criminal complaint for involuntary homicide against a person or persons unknown with the Paris investigating judge and applied to be joined as a civil party to the proceedings. The complaint was based on Article 689-1 of the French Code of Criminal Procedure, which lays down that aliens who commit a serious crime (*crime*) outside the territory of the Republic may be prosecuted and tried under French law if the victim is a French national.

24. In support of his complaint the victim's father lodged documents, expert reports, investigative papers and witness statements that had been obtained by the Kempten public prosecutor's office in Germany.

25. On 12 March 1985 the Paris investigating judge sent letters rogatory to the German authorities requesting them to question various witnesses and to take certain steps. The Kempten public prosecutor's office replied on 2 November 1985.

26. On 27 February 1986 the Kempten public prosecutor's office sent the investigating judge a photocopy of the investigation file comprising three volumes.

27. A new investigating judge assigned to the case in Paris was informed by the victim's father on 10 March 1986 that the public prosecutor's office had decided for the fourth time on 24 February 1986 to take no further action. He sent new letters rogatory to the German authorities on 17 June 1987, in which he invited them to make available to three French experts, whom he had appointed that day, samples that had been taken during the autopsy and examined by the three German experts who had compiled the report of 3 March 1983.

28. In accordance with the French letters rogatory, the samples were delivered to the French police on 22 March 1988 and, on 25 March, to the experts who had been appointed on 17 June 1987. The experts lodged their report on 27 July 1988 and a supplementary report on 30 November 1988, in which they corrected an error of transcription.

29. On 9 December 1988 the Paris investigating judge ordered an additional expert report with a view to ascertaining the precise role and effects of the medicines with which the applicant said he had injected his stepdaughter when attempting to revive her. That report was lodged on 26 December 1988.

30. On 8 February 1989 the third investigating judge assigned to the case issued a summons requiring the applicant to appear before him. In a letter of 22 February 1989 the applicant informed the investigating judge that the German authorities had concluded after an investigation that no third party bore responsibility for K.B.'s death and that he saw no reason to travel to Paris. He indicated, however, that he was willing to be interviewed at his home.

31. On 27 July 1989 the investigating judge sent a third set of letters rogatory to the German authorities asking them to notify the applicant of the conclusions of the expert reports of 27 July and 26 December 1988 and to put to him, as an "assisted witness", certain precise questions regarding the sequence of events. The applicant was questioned by a German judge on 8 February 1990.

32. On 20 May 1990 the applicant informed the investigating judge in reply to a request of 4 May that it was not possible for him to travel to Paris and that he had already answered the judge's questions. He said, however, that he was willing to reply in writing to any further questions the judge might wish to ask.

33. On 1 February 1991 – almost seven years after the investigation had begun – the applicant was charged with the crime of assault resulting in unintentional death. On 23 April 1991 he was questioned by a German judge acting pursuant to letters rogatory.

34. On 10 July 1992 the investigating judge made an order closing the investigation and sending the file to the Principal Public Prosecutor at the Paris Court of Appeal, who lodged written submissions on 25 September 1992.

35. Using the system established by the scheme for international mutual assistance in law enforcement, the applicant was notified of the date of the hearing before the Indictment Division on 28 January 1993. His lawyer was informed on 3 February 1993. Neither the applicant nor his lawyer attended the hearing on 11 March 1993.

36. By a judgment of 8 April 1993 the Indictment Division of the Paris Court of Appeal committed the applicant to stand trial in the Paris Assize Court on a count of involuntary homicide. The Indictment Division noted



the conflicting opinions of the French experts who had seen the evidence in the German file, including the expert reports. By way of conclusion the Indictment Division stated:

“The investigation was started on a complaint of voluntary homicide. However, in the order closing the investigation the investigating judge charged Dieter Krombach with voluntary assault resulting in unintentional death. The Principal Public Prosecutor and the civil party have also submitted that he should be committed for trial on that charge.

The court finds that the medical evidence gathered in the course of the investigation suggests that K.B.’s death was a direct consequence of an intravenous injection of a solution that might have been Kobalt-Ferrelcit. The injection was contemporaneous with the death.

In order to justify that act, Dieter Krombach has furnished conflicting and untrue accounts, stating firstly that his intention had been to help the girl to tan more quickly and subsequently to treat her for her anaemic condition. Kobalt-Ferrelcit does not help people to tan and at the material time K.B. was a girl in perfect health, there being no reference in her medical records to any symptoms of anaemia.

Dieter Krombach also lied about the chronology of the events when he affirmed that the injection had taken place several hours before the death. Lastly, the faked attempt to revive her and the use of mutually incompatible products on a living being can only be explained by an intention to conceal the cause of death.

These factors taken as a whole constitute sufficient grounds for suspecting that Dieter Krombach gave the fatal injection not as a cure, but with the intention of causing death.”

The Indictment Division also issued an arrest warrant.

37. On 4 May 1993 the judgment was served on the applicant through the foreign public prosecutor’s service. The applicant was summonsed on several occasions for preliminary questioning in order to establish his identity, but refused to comply with any of the summonses.

38. The applicant appealed to the Court of Cassation against the committal order. In his written submissions he argued, *inter alia*, that the *non bis in idem* principle had been contravened and that an estoppel *per rem judicatam* arose, as, although Article 689-1 of the Code of Criminal Procedure enabled aliens to be tried under French law if the victim of the crime was a French national, no prosecution could lie if there had been a final judgment overseas. In that connection, the applicant maintained that a discharge order had been made in his favour on 24 February 1986 by the Kempten public prosecutor’s office, an investigating body, and had become final with the decision of the Criminal Division of the Munich Court of Appeal of 9 September 1987.

39. In a judgment of 21 September 1993 the Court of Cassation dismissed the applicant’s ground of appeal on the ground that it raised a new issue as neither the impugned judgment nor any of the procedural documents showed that the appellant had argued before the Indictment

Division that the German judicial authorities had made a discharge order in his favour in respect of the same offence.

**(b) The trial *in absentia* procedure**

40. On 7 September 1994 the applicant's French lawyer was informed that the applicant was required to appear before Paris Assize Court from 7 to 10 November 1994. On 26 October he applied to the President of the Assize Court for an order for a supplementary measure to ensure that the case file contained all the documents from the German proceedings. The President dismissed that application by a letter of 3 November 1994 in which he informed the lawyer that it was for the assize court with lawful jurisdiction in the case to determine whether such a measure was necessary.

41. By an order of 15 November 1994, which was served on 17 November 1994, the President of the Assize Court invited the applicant to report to the authorities within ten days. In accordance with Articles 627 et seq. of the Code of Criminal Procedure, that order was published in the *Gazette du Palais* (Court Gazette) and displayed in the courtroom of the Paris Assize Court and on the front door to the town hall of the first administrative district of Paris.

42. On 7 February 1995 the applicant wrote a letter to the President of the Assize Court explaining that he was willing to attend the hearing on 1 March 1995 provided that he received an assurance that he would remain at liberty throughout the duration of the trial. He said that he could not understand the conduct of the French authorities, who had failed throughout the investigation in France to take the discharge order that had been made in Germany into account. He added that it was his intention to be represented by a lawyer.

43. By an order of 1 March 1995 the President of the Assize Court adjourned the case to 9 March 1995.

44. The applicant's French lawyer, assisted by a German lawyer, lodged submissions with the Assize Court based on Article 6 of the Convention. He sought permission to represent the applicant in his absence and to make submissions regarding various matters, namely: the existence of an estoppel *per rem judicatam*, a ruling on the estoppel issue by the Assize Court acting on its own initiative, an order for an additional investigation to secure the communication of the investigation file by the German authorities and an examination of the scope of the discharge orders.

45. By a judgment of 9 March 1995 delivered by the Paris Assize Court after it had heard the Advocate-General's submissions calling for a thirty-year prison sentence, the applicant was found guilty of voluntary assault

on his stepdaughter unintentionally causing her death and sentenced to fifteen years' imprisonment.

46. The Assize Court explained in its judgment that if the applicant had reported to the authorities, it would have been able to discontinue the *in absentia* procedure and the applicant would have been able to make any requests that would assist in his defence when complying with that mandatory procedural requirement. It also reminded the applicant's lawyers, who were present at the hearing, that Article 630 of the Code of Criminal Procedure prohibited representation for absent defendants and laid down that their submissions were inadmissible.

47. In a civil judgment that was also delivered *in absentia* on 13 March 1995, the Paris Assize Court ordered the applicant to pay 250,000 French francs (FRF) as reparation for non-pecuniary damage and FRF 100,000 for costs and expenses. The applicant's lawyer had lodged a note to the Assize Court in deliberations in which he had pointed out that the total lack of representation for the defence in the civil action constituted a breach of Article 6 of the Convention. He complained in particular that he had not been informed of the heads of claim or of the civil party's submissions.

48. By an order of 1 June 1995 made under Article 636 of the Code of Criminal Procedure, the President of the Court of Cassation declared the applicant's appeals against the judgments of the Assize Court inadmissible.

49. A "Schengen" warrant followed by an international warrant were issued, on dates which are not indicated in the case file, for the applicant's arrest.

3. *The proceedings in Germany for the enforcement of the judgment of the Paris Assize Court of 13 March 1995 in favour of the civil party*

50. On 12 September 1995 the victim's father applied to the Kempten Regional Court for an authority to execute the Paris Assize Court's judgment ordering the applicant to pay FRF 350,000 in damages. On 29 April 1996 the Regional Court granted that application and its decision was upheld by the Munich Court of Appeal on 11 February 1997.

51. The applicant appealed on points of law. By a decision of 4 December 1997 the Federal Court (*Bundesgerichtshof*) referred the case to the Court of Justice of the European Communities with a view to obtaining a preliminary ruling on the interpretation of Article 27 § 1 of the Convention of 27 September 1968 on Jurisdiction and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, which lays down that judicial decisions shall not be recognised if recognition would be contrary to public policy in the State in which recognition is sought.

52. Among the reasons given by the Federal Court for seeking a ruling was that it considered that the enforcement of the judicial decision

obtained by proceedings *in absentia* such as those conducted in France might be regarded as contrary to German public policy, at least so far as the civil limb of the proceedings was concerned, as Article 103 § 1 of the Basic Law laid down that everyone had the right to be heard (*Anspruch auf rechtliches Gehör*), and that that right incorporated the right to representation by a lawyer. Lastly, referring to Article 6 of the European Convention on Human Rights, the Federal Court indicated that the decision delivered *in absentia* appeared to it to infringe the right to access to a court and, as regards the civil limb, the right to equality of arms.

53. In a judgment of 28 March 2000, the Court of Justice of the European Communities held: “the court of the State in which enforcement is sought can, with respect to a defendant domiciled in that State and prosecuted for an intentional offence, take account, in relation to the public-policy clause in Article 27, point 1, of the Convention, of the fact that the court of the State of origin refused to allow that person to have his defence presented unless he appeared in person”.

54. Following that judgment the Federal Court dismissed the application by the victim’s father of 29 June 2000 for an order to enforce the civil judgment delivered by the French Assize Court on 13 March 1995.

#### 4. *The extradition proceedings in Austria*

55. On 7 January 2000 the applicant was arrested in Austria and detained pursuant to an order of the judge of the Feldkirch Regional Court (*Journalrichter des Landesgerichts Feldkirch*) pending the hearing of a request for his extradition. By an order of 21 January 2000 the judge concerned dismissed a bail application by the applicant, despite his offer of a surety.

However, on 2 February 2000 the Innsbruck Court of Appeal (*Oberlandesgericht Innsbruck*) quashed that order and ordered the applicant’s immediate release. It considered that the judgment of the Munich Court of Appeal of 9 September 1987 (see paragraph 22 above), against which there was no right of appeal under German law, raised a relative estoppel *per rem judicatam*, since the investigation could only be restarted in Germany if new evidence came to light. Once the courts in the state in which the offence had been committed had decided not to prosecute the applicant and had taken a final decision in that regard, he could not be detained for the purposes of extradition. Lastly, the Court of Appeal held that Article 54 of the Convention implementing the Schengen Agreement (*Schengener Durchführungsabkommen*), which incorporates the *non bis in idem* principle, precluded the applicant’s being retried in France in respect of the matters for which a final discharge order had been made in his favour in Germany.

## B. Relevant domestic law and practice

56. Article 214 of the Code of Criminal Procedure lays down that if the offence charged is classified by statute as a serious crime (*crime*), the indictment division will commit the accused for trial by the assize court.

There is an assize court in Paris and in each of the French *départements*. The court is composed of professional judges (the president and two wing members) and a nine-person lay jury whose members are drawn by lot from a panel of thirty-five jurors and ten substitute jurors chosen annually by lot for jury service during the four ordinary assize sessions held in the *département*.

The inquiry into the facts of a serious criminal case (*affaire criminelle*) must be conducted orally at the trial. At the end of the hearing, the court retires to decide on its verdict and sentence. Article 349 of the Code of Criminal Procedure provides that the court must answer each of the questions contained in the operative provisions of the committal order by either “yes” or “no” and that each question must be put in the following way: “Is the accused guilty of having committed such an offence?”. The votes of a majority comprising at least eight jurors are required for the accused to be convicted of the offence.

57. As regards the accused’s presence at the trial, Article 215 of the Code of Criminal Procedure lays down that the committal order, which is valid only if it contains a statement and the legal classification of the alleged offences, shall be accompanied by a warrant for the accused’s arrest, specifying his or her identity. Article 215-1 provides that an accused who is on bail must surrender to custody at the latest on the day preceding the hearing in the assize court and that the arrest warrant shall be executed if, after being duly summonsed and without due cause, he or she fails to attend on the appointed day for questioning by the president of the assize court. Article 270 provides for the accused to be tried *in absentia* if he or she cannot be apprehended and does not attend the trial (see paragraphs 59-61 below).

58. As soon as the committal order has become final and the accused, after being detained, has been transferred to the prison in the locality where the assize court will sit, the president of the assize court must, in accordance with Article 273, establish the accused’s identity and ensure that he or she has been duly served with the committal order. Article 274 also requires the president to invite the accused to choose a lawyer to assist with his or her defence; if the accused fails to do so, the president must assign counsel to represent him or her. This is because Article 317 makes the accused’s representation at the trial mandatory and provides that if no counsel appears on behalf of the accused, the president must on his or her own initiative assign the accused counsel. Article 320 lays down that if an accused refuses to appear at the trial after being

summonsed to do so by a bailiff the president may order that he or she be brought before the court by force. The president may also order that the hearing shall proceed notwithstanding the accused's absence.

59. As regards the procedure for trial *in absentia*, the main provisions of the French Code of Criminal Procedure are as follows:

**Article 627**

"If, after the committal order has been made by the indictment division, it has not proved possible to apprehend the accused or he or she has failed to report within ten days after the service of notice at his or her home to do so or the accused has absconded after reporting or being apprehended, the president of the assize court or, in his absence, the president of the court in the locality where the assize court will sit, or the judge replacing him or her, shall issue an order requiring the accused to report within a further period of ten days, failing which the accused shall be declared an outlaw, the exercise of his or her rights as a citizen shall be suspended, his or her assets shall be sequestered for the duration of the contempt, he or she shall not be entitled to take part in any court proceedings during that period, the criminal proceedings shall continue and any person knowing where the accused is to be found shall be under a duty to report that information. The order shall also contain particulars of the serious crime (*crime*) and of the arrest warrant."

**Article 628**

"Within eight days that order shall be published in one of the newspapers in the *département* and displayed on the door to the accused's home, the door to the town hall in the district where the accused lives and in the courtroom of the assize court. The Principal Public Prosecutor shall send an office copy of the order to the director of the State lands department in the locality where the accused who is in contempt resides."

**Article 629**

"After ten days the court shall rule on the contempt issue."

**Article 630**

"No lawyer (*avocat* or *avoué*) may attend on behalf of an accused who is in contempt. However, if it is totally impossible for the accused to comply with the injunction contained in the order made pursuant to Article 627, his or her close relatives or friends may explain the reason for his or her absence."

**Article 631**

"If the court finds that due cause has been shown, it shall order a stay of the accused's trial and, if necessary, of the order for the sequestration of his or her assets for a period commensurate with the nature of the cause shown and the distance to be travelled."

**Article 632**

"Except in those circumstances, the order committing the accused for trial before the assize court, the affidavit of service of the order requiring the person in contempt to report and the affidavits confirming that that order has been published and displayed shall be read out. After that has been done and after it has heard the submissions of the Principal Public Prosecutor the court shall make an order for trial *in absentia*. If any of

the formalities prescribed by Articles 627 and 628 have been omitted, the court shall declare the contempt procedure void and order it to be restarted from the stage where the first unlawful act occurred. Otherwise, the court shall deliver its verdict on the accusation without the assistance of the jurors and without being entitled to take into account any circumstances mitigating the guilt of the person in contempt in the event of a conviction. The court shall then decide the civil parties' claims."

#### Article 633

"If the person in contempt is convicted, his or her assets shall, if no confiscation order has been made, remain sequestered and a sequestration account shall be delivered to the person entitled to receive it once the conviction has become irrevocable as a result of the expiry of the limitation period for purging the contempt."

#### Article 635

"Once all the publication procedures prescribed by [Article 634] have been carried out, the convicted person shall be subject to all the statutory disabilities."

#### Article 636

"Persons in contempt shall not be entitled to appeal on points of law."

60. Article 639, which concerns the procedure when the contempt is purged, provides as follows:

"If the person in contempt surrenders to custody or is arrested before the time allowed for enforcing the sentence has expired, the judgment and the procedural steps taken after the order requiring the accused to report shall be automatically null and void and the proceedings will continue under the ordinary procedure ..."

61. Under the case-law, if a person convicted *in absentia* dies during the period allowed for the enforcement of the sentence, the conviction becomes irrevocable (Court of Cassation, Criminal Division, 1 July 1954, *Recueil Dalloz* 1954, p. 550).

62. Resolution (75) 11 of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the criteria governing proceedings held in the absence of the accused also contains a number of basic rules, including the following:

"1. No one may be tried without having first been effectively served with a summons in time to enable him to appear and to prepare his defence, unless it is established that he has deliberately sought to evade justice ...

...

4. The accused must not be tried in his absence, if it is possible and desirable to transfer the proceedings to another state or to apply for extradition.

5. Where the accused is tried in his absence, evidence must be taken in the usual manner and the defence must have the right to intervene ...

...

7. Any person tried in his absence must be able to appeal against the judgement by whatever means of recourse would have been open to him, had he been present."

## THE LAW

### I. THE GOVERNMENT'S PRELIMINARY OBJECTION

63. Before the Court, the Government contended that domestic remedies had not been exhausted. They submitted that, since the applicant could still purge his contempt, the conviction by the Assize Court was not final, but merely provisional, at least for as long as the sentence remained enforceable. Accordingly, if the applicant surrendered to custody or was arrested, the judgment of 13 March 1995 would be automatically set aside and there would necessarily be a new trial at which the applicant would have every opportunity to put forward his defence. Likewise, after the applicant had purged his contempt and been retried, he would be entitled to appeal in the usual way to the Court of Cassation against the judgment of the Assize Court.

64. The applicant contested that argument. He contended that his complaints related to the conduct of the trial *in absentia* proceedings as such and that the question of the fairness of any retrial by the Assize Court in the event of the contempt being purged was not in issue in his application to the Convention institutions. His criticism was directed at the fact that Articles 630 and 636 of the Code of Criminal Procedure established an absolute bar on an accused being defended by counsel at the trial or appealing to the Court of Cassation against an assize-court judgment delivered following trial *in absentia*. He added that the Government's assertion that such judgments were only provisional was incorrect. In the instant case, the civil party had sought to enforce the judgment on the civil claims in Germany, while the French authorities had not only issued a warrant for his arrest, they had also requested his extradition from Austria. Lastly, the applicant maintained that purging the contempt did not amount to a remedy within the meaning of Article 35 § 1 of the Convention, since the exercise of that remedy was contingent on the accused's prior imprisonment, a condition that had not been contemplated by the Convention. Furthermore, the fact that it was possible to obtain a retrial after the contempt had been purged did not cure the violations that had been identified at the first stage of the proceedings, notably the bars on representation by a lawyer and appeals to the Court of Cassation.

65. The Court reiterates that while all applicants are under an obligation to provide the domestic courts with the opportunity which is in principle intended to be afforded to Contracting States by Article 35 § 1, namely preventing or putting right the violations alleged against them (see *Cardot v. France*, judgment of 19 March 1991, Series A no. 200, p. 19, § 36), the only remedies that must be exhausted under that provision are those that relate to the breaches alleged and at the same time are



available and sufficient. The existence of such remedies must be sufficiently certain not only in theory but also in practice, failing which they will lack the requisite accessibility and effectiveness; it falls to the respondent State to establish that these various conditions are satisfied (see, among other authorities, *Civet v. France* [GC], no. 29340/95, § 41, ECHR 1999-VI).

66. In the instant case, the Court observes that under French law an accused who fails to report to the authorities or is not apprehended within ten days after the service of the order committing him or her to stand trial in the assize court is tried *in absentia*. As noted by the applicant, it is the procedure for the accused's trial *in absentia* that forms the subject matter of this application.

67. Although the Court accepts that the conviction is not final, it considers that the procedure whereby the accused is entitled to a retrial in the event of the contempt being purged cannot be equated to a "remedy" within the ordinary meaning of that word, since its availability depends on a circumstance, namely the accused's arrest, which by definition is not a voluntary act on the accused's part.

It is true that the contempt will also be purged if the accused surrenders to custody. The Court considers that that condition for obtaining a retrial means that this is not a domestic remedy that it would be reasonable to require the applicant to exhaust for the purposes of Article 35 of the Convention, since all an applicant is required to do under the prior-exhaustion-of-domestic-remedies rule is to apply in the manner and time prescribed by domestic law for remedies that are apt to alleviate the situation complained of.

Further, should a retrial be held, it will not of itself avoid or remedy violations that have occurred at the trial *in absentia* stage. Lastly, there is no prescribed form or time-limit for purging the contempt and it is a procedure that may prove purely hypothetical if the accused is not arrested or does not surrender to custody before the time allowed for enforcing the sentence expires.

68. Consequently, the Government's preliminary objection must be dismissed.

## II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 6 §§ 1 AND 3 (c) OF THE CONVENTION

69. The applicant complained that he had been tried and convicted *in absentia* by the Paris Assize Court without being able to defend himself because, with effect from the date of the order committing him for trial by the Assize Court, his refusal to surrender to custody in compliance with the arrest warrant meant that he was barred by Article 630 of the Code of

Criminal Procedure from being represented and defended by his lawyers. He relied on Article 6 §§ 1 and 3 (c) of the Convention, the relevant parts of which read as follows:

“1. ... everyone is entitled to a fair ... hearing ... by an independent and impartial tribunal ...

...

3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:

...

(c) to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing ...

...”

## A. The parties' submissions

### 1. *The applicant*

70. As a preliminary remark, the applicant said that his trial *in absentia* had taken place in highly unusual circumstances: the German authorities had decided on four successive occasions to take no further action against him for want of sufficient evidence, and the sole purpose of the proceedings issued by the civil party in France had been to have those decisions reopened. He had not been formally charged by the French investigating judge until 1991, that is to say seven years after the French investigation had started. Between 1984 and 1991 he had been questioned only as a witness and had had no reason to travel to France, particularly as the French judge had been given access to all the evidence obtained in the investigations carried out in Germany through the letters-rogatory procedure. He added that at no time during that period had the investigating judge considered it necessary to issue a warrant for his arrest; it was not until the Paris Indictment Division's order of 8 April 1993 committing him for trial by the Assize Court that an arrest warrant had been issued.

71. As to his appearing at his trial *in absentia* by the Assize Court, the applicant said that he had instructed his lawyers to raise a preliminary procedural objection on public-policy grounds, namely that by virtue of the *non bis in idem* rule the Assize Court had no jurisdiction to try a person in respect of whom the German authorities had already finally decided to take no further action in respect of the same offence.

72. The applicant also submitted that the penalty for his failure to appear (namely the bar on his being represented or defended and the refusal to order new investigative measures) was disproportionate. He contended, firstly, that there had been no need for him to attend court in person because the Assize Court should have ruled on the *non bis in idem*

principle on its own initiative before examining the charges against him. Above all, the applicant submitted that considerations relating to the proper administration of justice did not justify an accused being denied representation. The withdrawal of all the fundamental attributes of a fair trial in itself constituted a disproportionate penalty for the accused's failure to appear. In order to exercise his defence rights the accused had to be in custody: that was an unacceptable condition. The applicant also pointed out that his imprisonment had manifestly not been regarded as essential, as at no stage of the criminal investigation had an international arrest warrant been issued. Lastly, he referred to the circular issued by the Ministry of Justice on 31 December 1999 concerning the application of the Law of 23 June 1999 on improving efficiency in criminal proceedings, from which it could be seen that in all cases before a criminal court (*tribunal correctionnel*) in which the proceedings have been instituted by the civil party, the accused is entitled to representation by his or her lawyer, irrespective of the sentence faced. He saw no reason why the same rule should not apply in proceedings before an assize court (*cour d'assises*).

## 2. *The Government*

### (a) **The need for the accused's attendance in person in criminal cases**

73. The Government pointed out, firstly, that the obligation imposed on accused persons to appear in person before the trial court was an essential guarantee for the proper administration of justice. For the most serious crimes, which were tried in the assize court and in some cases carried a life sentence, the accused's attendance at his or her trial was essential, both in the accused's interest and in the interest of the victims, since the assize court, through which the French people were associated with the judicial decision, was required to carry out a complete oral review of the facts of the case at the trial.

The accused was called upon to present his or her version of the events and to reply to the questions of the judges, the jurors and the public prosecutor. He or she could, among other things, challenge the conclusions of the expert witnesses and the depositions of the ordinary witnesses, call witnesses for the defence and request a confrontation with the victims. Lastly, in the event of a finding of guilt, the accused's presence enabled the judges to tailor the penalty to his or her personal circumstances. In the Government's submission, there could be no question of the court trying a faceless defendant whom it had had no opportunity of observing or hearing, as justice could not be done solely on the basis of the submissions of a lawyer, since it was never the lawyer who went to prison or paid compensation to the victims.

74. The Government argued that it was vital to prevent deliberate absenteeism on the part of defendants or, at the very least, to prevent the proper functioning of the criminal-justice system being paralysed as a result. Affording an unconditional right to representation by a lawyer in criminal cases would create a serious imbalance between the parties to criminal proceedings and encourage criminals not to attend hearings or to make arrangements to take refuge overseas while their lawyers pleaded on their behalf. Such a right would, in addition, run counter to the efforts made by the international community to fight impunity for criminals accused of the most serious violations of human rights by setting up a mechanism requiring their appearance in person.

75. Under the French rules of criminal procedure, the corollary to the obligation for the accused to appear in person was the accused's right to be defended by a lawyer. The Government stressed that Article 6 § 3 (c) of the Convention spoke of "assistance", not of "representation". As the third-party intervener had also pointed out, in French law the former term implied the presence of the defendant *alongside* his or her lawyer, the latter, his or her legal replacement by the lawyer. However, in criminal proceedings, Articles 274 and 317 of the Code of Criminal Procedure made an accused's assistance by a lawyer compulsory, but did not permit his or her representation.

76. The question accordingly arose whether an accused who deliberately chose not to appear remained entitled to "defend himself ... through legal assistance of his own choosing" within the meaning of Article 6 § 3 (c). The Government contended that he did not, owing to his refusal in such cases to comply with one of the absolute requirements of criminal procedure, as by his conduct he had prevented a genuinely adversarial hearing from being held, at least until such time as he either changed his mind and agreed to appear or was arrested. Withdrawing the accused's right to assistance from counsel for as long as he or she voluntarily remained at large was thus not a disproportionate measure, as it was justified in the interests of the proper administration of justice, namely, being able to complete the investigation within a reasonable period and to avoid the operation of the statute of limitations and the deterioration of evidence.

**(b) Purging contempt**

77. The Government said that the instant case was the first since a series of judgments delivered in cases against Italy (notably the *Colozza* judgment of 1985) in which the Court had had to consider the problem of the compatibility with the Convention of criminal trials *in absentia*, known in French law as proceedings *par contumace*. In *Colozza*, the Court had recognised that "the impossibility of holding a trial by default may

paralyse the conduct of criminal proceedings, in that it may lead, for example, to dispersal of the evidence, expiry of the time-limit for prosecution or a miscarriage of justice” (see *Colozza v. Italy*, judgment of 12 February 1985, Series A no. 89, p. 15, § 29).

78. The Court had only found a violation of Article 6 § 1 of the Convention because Mr Colozza, who had been unaware of the proceedings, had suffered a complete and irreparable loss of his entitlement to take part in the hearing, since Italian law did not permit him to obtain a fresh determination of the merits of the charge by a court after it had heard him (*ibid.*, p. 15, § 29 *in fine*). However, it was possible to obtain a fresh determination of the merits in French law through the purge of contempt procedure prescribed in Article 639 of the Code of Criminal Procedure. Indeed, it was by reference to that procedure that the European Commission of Human Rights had declared, in the only French case on trials *in absentia* to have been examined to date by the Convention institutions, an application manifestly ill-founded as the accused in that case had taken part in the investigation procedure and had refused to accept service of the committal order (see *B. v. France*, application no. 10291/83, Commission decision of 12 May 1986, Decisions and Reports (DR) 47, p. 59).

79. In the present case, the applicant had been aware of the criminal proceedings against him, had been served with the committal order and had deliberately chosen not to appear because he feared he would be arrested. Safe in the knowledge that Germany did not extradite its nationals, he had preferred to remain in his own country. Accordingly, the French judicial authorities had had no alternative but to try him *in absentia*.

80. The Government maintained that a conviction following a trial *in absentia* did not adversely affect the accused, since it was essentially intended to protect the prosecution’s position until the contempt had been purged, the purge being automatic once the accused was in the hands of the authorities. The conviction then lapsed and a new trial, in which the accused’s right to assistance by a lawyer was fully reinstated, necessarily replaced the previous trial.

81. The Government noted, lastly, that as regards the right of an accused who has expressly refused to appear to be defended by a lawyer, the Court had systematically referred in its decisions concerning criminal verdicts delivered in default to the fact that it was impossible to apply for an order quashing the judgments (see the following judgments: *Poitrimol v. France*, 23 November 1993, Series A no. 277-A, p. 15, § 35; *Lala and Pelladoah v. the Netherlands*, 22 September 1994, Series A no. 297-A and -B, p. 13, § 33 *in fine* and pp. 34-35, § 40, respectively; and *Van Geyselhem v. Belgium* [GC], no. 26103/95, § 29, ECHR 1999-I, which concerned an application to have a judgment entered in default by a criminal court set aside). However, all those judgments had concerned proceedings before

the criminal court (*tribunal correctionnel*) and not before the assize court (*cour d'assises*) and a retrial after the contempt had been purged was distinguishable from an application to have a conviction entered in default set aside in that it was both automatic and mandatory: the accused, unlike the defendant in proceedings before the criminal court, could not acquiesce in the judgment, apply to have it set aside and then discontinue the application or, in certain cases, lodge an appeal.

The Government therefore considered that, owing to the possibility of a retrial after the contempt had been purged, the fact that it was impossible for an accused to be defended by a lawyer during the proceedings *in absentia* did not adversely affect the exercise of the rights of the defence in an irremediable and disproportionate way; there had therefore been no violation of Article 6 § 1 of the Convention taken in conjunction with Article 6 § 3 (c).

## **B. The Court's assessment**

82. As the requirements of paragraph 3 of Article 6 are to be seen as particular aspects of the right to a fair trial guaranteed by paragraph 1, the Court will examine the complaint under both provisions taken together (see *Van Geyselghem*, cited above, § 27).

83. The present case is distinguishable from the cases of *Goddi*, *Colozza*, *F.C.B.* and *T. v. Italy* (judgment of 9 April 1984, Series A no. 76, p. 10, § 26; judgment cited above, pp. 14-15, § 28; judgment of 28 August 1991, Series A no. 208-B, pp. 20-21, §§ 30-33; and judgment of 12 October 1992, Series A no. 245-C, pp. 41-42, § 27), which all concerned the Italian procedure for trial *in absentia*, in that the applicant in the instant case was served with notice of the date of the hearing before the Paris Assize Court and it was his decision not to appear. His situation is therefore comparable to that examined by the Court in the cases of *Poitrimol*, *Lala*, *Pelladoah* and *Van Geyselghem*, cited above.

84. The Court notes that in the first of those cases it said that it was of capital importance that a defendant should appear and that the legislature had accordingly to be able to discourage unjustified absences (see *Poitrimol*, cited above, p. 15, § 35). However, it added: "it is also of crucial importance for the fairness of the criminal justice system that the accused be adequately defended, both at first instance and on appeal, the more so if, as is the case under Netherlands law, no objection may be filed against a default judgment given on appeal" (see *Lala*, cited above, p. 13, § 33, and *Pelladoah*, cited above, pp. 34-35, § 40). It added that the latter interest prevailed. Consequently, the fact that the defendant, in spite of having been properly summonsed, did not appear, could not – even in the absence of an excuse – justify depriving him of his right under Article 6 § 3

(c) of the Convention to be defended by counsel (*ibid.*). It was for the courts to ensure that a trial was fair and, accordingly, that counsel who attended trial for the apparent purpose of defending the accused in his absence, was given the opportunity to do so (*ibid.*, p. 14, § 34, and p. 35, § 41).

85. It is true that proceedings that take place in the accused's absence will not of themselves be incompatible with the Convention if the accused may subsequently obtain, from a court which has heard him, a fresh determination of the merits of the charge (see, *mutatis mutandis*, *Colozza*, cited above, p. 15, § 29). The Court cannot, however, accept the French Government's submission that the fact that it was not possible to apply to have a conviction entered in default set aside was a decisive factor for the Court in its reasoning in *Lala* and *Pelladoah*, as the clause commencing with the adverbial phrase "the more so" was added to the judgments as a subsidiary consideration (see p. 13, § 33, and pp. 34-35, § 40, respectively).

86. The Court sees no reason to depart from that approach, which was last reaffirmed in *Van Geyselghem*, cited above, §§ 33 and 34, simply because the criminal proceedings in the instant case took place before an assize court and not before a criminal court or a court of appeal on appeal from a criminal court.

It has never been disputed that it is of capital importance that a defendant should appear, both because of his right to a hearing and because of the need to verify the accuracy of his statements and compare them with those of the victim – whose interests need to be protected – and of the witnesses (see *Poitrimol*, cited above, p. 15, § 35). That applies to trials both in the assize court and in the criminal court.

87. In the Court's view, the procedure for a retrial after the contempt has been purged only affects the effective exercise of the defence rights if the accused is arrested, for in such cases the authorities have a positive obligation to afford the accused the opportunity to have a complete rehearing of the case in his or her presence. On the other hand, there can be no question of an accused being obliged to surrender to custody in order to secure the right to be retried in conditions that comply with Article 6 of the Convention, for that would entail making the exercise of the right to a fair hearing conditional on the accused offering up his or her physical liberty as a form of guarantee (see, *mutatis mutandis*, *Khalifaoui v. France*, no. 34791/97, §§ 43 and 44, ECHR 1999-IX).

88. The Court must now examine whether in practice the bar on defence lawyers appearing for the applicant at the trial before the Paris Assize Court adversely affected his right to a fair hearing. In the instant case, it is not disputed that the applicant had clearly manifested an intention not to attend the hearing before the Assize Court and, therefore, not to represent himself. On the other hand, the case file shows that he wished to be defended by his lawyers, who had been given authorities to that end and were present at the hearing.

89. The Court cannot adopt the Government's narrow construction of the word "assistance" within the meaning of Article 6 § 3 (c) of the Convention. It sees no reason for departing from the opinion it expressed on that subject in *Poitrimol* (see the judgment cited above, pp. 14-15, § 34), in which the Government had already suggested that a distinction should be drawn between "assistance" and "representation" for the purposes of proceedings in the criminal court.

Although not absolute, the right of everyone charged with a criminal offence to be effectively defended by a lawyer, assigned officially if need be, is one of the fundamental features of a fair trial. A person charged with a criminal offence does not lose the benefit of this right merely on account of not being present at the trial. Even if the legislature must be able to discourage unjustified absences, it cannot penalise them by creating exceptions to the right to legal assistance (see *Van Geyselghem*, cited above, § 34).

90. In the instant case, the Court observes that the wording of Article 630 of the French Code of Criminal Procedure makes the bar on lawyers representing an accused being tried *in absentia* absolute and that an assize court trying such an accused has no possibility of derogating from that rule.

The Court considers, however, that it should have been for the Assize Court, which was sitting without a jury, to afford the applicant's lawyers, who were present at the hearing, an opportunity to put forward the defence case even in the applicant's absence as, in the instant case, the argument they intended to rely on concerned a point of law (see paragraph 44 above), namely an objection on public-policy grounds based on an estoppel *per rem judicatam* and the *non bis in idem* rule (see, *mutatis mutandis*, *Artico v. Italy*, judgment of 13 May 1980, Series A no. 37, pp. 16-17, § 34). The Government have not suggested that the Assize Court would have had no jurisdiction to examine the issue had it given the applicant's lawyers permission to plead it. Lastly, the Court observes that the applicant's lawyers were not given permission to represent their clients at the hearing before the Assize Court on the civil claims. To penalise the applicant's failure to appear by such an absolute bar on any defence appears manifestly disproportionate.

91. In conclusion, there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention taken in conjunction with Article 6 § 3 (c).

### III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 2 OF PROTOCOL No. 7

92. The applicant complained that it was impossible to appeal to the Court of Cassation against a conviction by an assize court after a trial *in absentia*, since Article 636 of the Code of Criminal Procedure precluded



such appeals by persons who had been convicted *in absentia*. He relied on Article 2 of Protocol No. 7 to the Convention, which reads as follows:

“1. Everyone convicted of a criminal offence by a tribunal shall have the right to have his conviction or sentence reviewed by a higher tribunal. The exercise of this right, including the grounds on which it may be exercised, shall be governed by law.

2. This right may be subject to exceptions in regard to offences of a minor character, as prescribed by law, or in cases in which the person concerned was tried in the first instance by the highest tribunal or was convicted following an appeal against acquittal.”

## A. The parties' submissions

### 1. *The applicant*

93. The applicant said that it had been his intention to appeal to the Court of Cassation against the two judgments delivered by the Paris Assize Court, one on the issue of guilt and the other on the civil claims. However, Article 636 of the Code of Criminal Procedure excluded in absolute terms appeals to the Court of Cassation by persons who had been convicted *in absentia*.

The applicant also stressed the importance of appeals to the Court of Cassation in criminal cases: in French law, it was the assize court which decided as a court of first and last instance the merits of criminal charges and determined the claims of the civil parties. Under the law as it stood there was no possibility of appealing and, consequently, the Court of Cassation was both the highest and the only court that could examine a case after an assize court.

94. The fact that the applicant could obtain a retrial after purging his contempt did not appear to him to be relevant in the instant case, as a judgment delivered after a trial *in absentia* produced both personal and pecuniary consequences which could not be extinguished but at best only remedied. In addition, if the accused was not arrested, he or she had to surrender to custody in order to purge the contempt and obtain a new trial, and would remain in custody pending the retrial. However, it emerged from a Ministry of Justice circular dated 31 December 1999 on the application of the Law of 23 June 1999 on the efficiency of criminal proceedings that, following the *Khalifaoui* judgment, cited above, the procedural obligation imposed by Article 583 of the Code of Criminal Procedure on an accused wishing to appeal to the Court of Cassation to surrender to custody before the Court of Cassation hearing, on pain of forfeiting his or her right to appeal, was not consistent with the Convention.

## 2. *The Government*

95. The Government considered that the bar on appeals to the Court of Cassation by persons convicted *in absentia* was a logical consequence of the nature of the judgment, which by its very essence was provisional and unenforceable. Remedies were available to the accused before a trial *in absentia*, such as an appeal against his or her committal to the assize court. Committal orders cured any defects in the investigation stage, but an appeal lay to the Court of Cassation against committal orders. Subsequently, once an accused had been convicted following a trial *in absentia*, a special remedy replaced the appeal to the Court of Cassation, namely a retrial once the contempt had been purged. However, in any event, the Court of Cassation only ruled on points of law and had no jurisdiction to examine questions of fact or of guilt any more than it had jurisdiction to examine the severity of the sentence. There was, therefore, no reason for a review by the Court of Cassation of the lawfulness of a judicial decision that was condemned to a legal void as soon as the contempt had been purged. In such circumstances, there would be a new trial and, if convicted, the applicant would then be entitled to appeal to the Court of Cassation in the usual way.

The Government also pointed out that the States had a margin of appreciation to regulate the right of appeal (Article 2 § 2 of Protocol No. 7), provided that the limitations imposed pursued a legitimate aim and that the very essence of the right was not impaired. That was the case here: the requirement for the accused to purge his or her contempt before being able to appeal to the Court of Cassation did not infringe the essence of the right, since the possibility of an appeal subsisted throughout the period during which it was possible to purge the contempt, that is to say twenty years. The bounds of the margin of appreciation had therefore not been overstepped and there had been no violation of that provision.

### **B. The Court's assessment**

96. The Court reiterates that the Contracting States dispose in principle of a wide margin of appreciation to determine how the right secured by Article 2 of Protocol No. 7 to the Convention is to be exercised. Thus, the review by a higher court of a conviction or sentence may concern both points of fact and points of law or be confined solely to points of law. Furthermore, in certain countries, a defendant wishing to appeal may sometimes be required to seek permission to do so. However, any restrictions contained in domestic legislation on the right to a review mentioned in that provision must, by analogy with the right of access to a court embodied in Article 6 § 1 of the Convention, pursue a legitimate aim and not infringe the very essence of that right (see *Haser v. Switzerland*

(dec.), no. 33050/96, 27 April 2000, unreported). This rule is in itself consistent with the exception authorised by paragraph 2 of Article 2 and is backed up by the French declaration regarding the interpretation of the Article, which reads: "... in accordance with the meaning of Article 2, paragraph 1, the review by a higher court may be limited to a control of the application of the law, such as an appeal to the Supreme Court".

97. There was no possibility under French law at the material time of lodging an ordinary appeal against a judgment of an assize court, as the only available appeal was an appeal on points of law. At first sight, the French rules of criminal procedure therefore appear to comply with Article 2 of Protocol No. 7 (see *Loewenguth v. France* (dec.), no. 53183/99, ECHR 2000-VI, and *Deperrois v. France* (dec.), no. 48203/99, 22 June 2000, unreported).

98. However, the Court notes that the French declaration regarding the interpretation of the Protocol does not relate to Article 636 of the Code of Criminal Procedure, which expressly provides that persons convicted after trial *in absentia* have no right of appeal to the Court of Cassation. Consequently, the applicant had no "remedy" before a tribunal, within the ordinary meaning of that word, against his conviction, *in absentia*, by a single level of jurisdiction (see paragraphs 59 and 65-66 above).

99. The applicant's complaint in the instant case was that he had no right of appeal to the Court of Cassation against defects in the trial *in absentia* procedure itself. The Court considers that the fact that the accused may purge his or her contempt is not decisive in that connection (see paragraph 87 above), as although purging the contempt may enable the accused to obtain a full retrial of his case in his presence, the positive obligation thus imposed on the State in the event of an arrest is intended essentially to guarantee adversarial process and compliance with the defence rights of a person accused of a criminal offence.

100. In the present case the applicant wished both to defend the charges on the merits and to raise a preliminary procedural objection. The Court attaches weight to the fact that the applicant was unable to obtain a review, at least by the Court of Cassation, of the lawfulness of the Assize Court's refusal to allow the defence lawyers to plead (see, *mutatis mutandis*, *Poitrimol*, cited above, p. 15, § 38 *in fine*; *Van Geyselghem*, cited above, § 35; and, *a contrario*, *Haser*, cited above).

By virtue of Articles 630 and 639 of the Code of Criminal Procedure taken together (see paragraph 59 above) the applicant, on the one hand, could not be and was not represented in the Assize Court by a lawyer (see paragraph 46 above), and, on the other, was unable to appeal to the Court of Cassation as he was a defendant *in absentia*. He therefore had no real possibility of being defended at first instance or of having his conviction reviewed by a higher court.

Consequently, there has also been a violation of Article 2 of Protocol No. 7 to the Convention.

#### IV. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

##### 101. 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

102. The applicant sought 2,000,000 French francs (FRF) for pecuniary damage and FRF 1,000,000 for non-pecuniary damage.

The Government considered that no pecuniary damage had been shown as the Assize Court’s judgment of 1995 on the claims of the civil parties had not been enforced. In addition, the applicant was not entitled to speculate on the conclusion which the Assize Court would have reached had it allowed the applicant to be represented. Lastly, as regards non-pecuniary damage, the Government considered that a mere finding of a violation would constitute sufficient just satisfaction.

103. The Court considers that no causal link between the alleged pecuniary damage and the violations found has been shown (see *Van Geyselghem*, cited above, § 40). It therefore makes no award in respect of that head of damage. As regards non-pecuniary damage, the Court considers that the finding of a violation of Article 6 and Article 2 of Protocol No 7 constitute sufficient reparation.

##### B. Costs and expenses

104. The applicant claimed a total of FRF 500,000 in respect of costs. The fees actually paid by the applicant to his lawyer for the proceedings in the French courts amount, according to the evidence that has been produced, to a sum of FRF 145,836.10, inclusive of tax, to which must be added FRF 18,000 in respect of the fees of the member of the *Conseil d’Etat* and Court of Cassation Bar, FRF 2,000 for the lawyer who represented the applicant before the Indictment Division (*avoué*) and FRF 13,935.50 in translation costs. The applicant has not settled his lawyer’s account for FRF 45,000 for representing him in the Assize Court and a number of other accounts remain outstanding.

As regards the proceedings before the Convention institutions, the applicant claimed, on the basis of an invoice established on a time-cost

basis, an overall sum of FRF 216,250.43, of which FRF 50,051.20 inclusive of tax has actually been paid by the applicant, who has been in financial difficulty since 1997.

105. The Government submitted that the amounts claimed were manifestly disproportionate and should be substantially reduced, to a sum of FRF 43,898 for instance, the amount awarded by the Court in *Khalfaoui*.

106. If the Court finds that there has been a violation of the Convention, it may award the applicant not only the costs and expenses incurred before the Strasbourg institutions, but also those incurred before the national courts for the prevention or redress of the violation (see, among other authorities, *Hertel v. Switzerland*, judgment of 25 August 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VI, p. 2334, § 63). In the instant case, the Court notes that the applicant did not incur costs and expenses of that nature during the investigation of the case or in the proceedings before the Indictment Division. Consequently, his claim on that ground must be dismissed. On the other hand, Mr Krombach is entitled to seek payment of the sum of FRF 45,000 incurred in costs and expenses at the hearings before the Assize Court and a sum of FRF 5,000 for the fees incurred in appealing to the Court of Cassation against the Assize Court's judgments.

As regards the fees incurred in the proceedings before the Commission and the Court, the Court has assessed the claim in the light of the principles established in its case-law (see *Nikolova v. Bulgaria* [GC], no. 31195/96, § 79, ECHR 1999-II; *Oztürk v. Turkey* [GC], no. 22479/93, § 83, ECHR 1999-VI; and *Witold Litwa v. Poland*, no. 26629/95, § 88, ECHR 2000-III). It reiterates that under Article 41 of the Convention, it will order reimbursement of the costs which it is established were actually and necessarily incurred and reasonable as to quantum. The Court notes that part of the lawyers' fees claimed relate to complaints that were declared inadmissible by the Court in its admissibility decision of 29 February 2000. Those sums were therefore not necessarily incurred to cure a violation of the Convention found by the Court (see *Nikolova*, cited above, § 79). In addition, the number of hours which the lawyer says he spent on the case appears excessive. In these circumstances, the Court considers it reasonable to award the applicant FRF 50,000, inclusive of taxes.

### C. Default interest

107. 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 2.74% 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 taken in conjunction with Article 6 § 3 (c);
3. *Holds* that there has been a violation of Article 2 of Protocol No. 7 to the Convention;
4. *Holds* that the finding of a violation constitutes in itself sufficient just satisfaction for the non-pecuniary damage sustained by the applicant;
5. *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, FRF 100,000 (one hundred thousand French francs) in respect of costs and expenses;
  - (b) that simple interest at an annual rate of 2.74% shall be payable from the expiry of the above-mentioned three months until settlement;
6. *Dismisses* the remainder of the applicant's claim for just satisfaction.

Done in French, and notified in writing on 13 February 2001, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

S. DOLLÉ  
Registrar

W. FUHRMANN  
President

JERUSALEM v. AUSTRIA  
(*Application no. 26958/95*)

THIRD SECTION

JUDGMENT OF 27 FEBRUARY 2001<sup>1</sup>

---

1. English original.





SUMMARY<sup>1</sup>**Injunction prohibiting municipal councillor from repeating statements about sects****Article 10**

*Freedom of expression – Injunction prohibiting municipal councillor from repeating statements about sects – Protection of the reputation of others – Protection of the rights of others – Necessary in a democratic society – Freedom of expression of elected representatives – Public debate – Political debate – Distinction between value judgment and statement of fact – Failure of courts to admit relevant evidence*

\*  
\*   \*

In the course of a session of the Vienna Municipal Council, the applicant, a council member, made a speech in which she defined sects as “psycho-sects” and described them as having a totalitarian character and fascist tendencies. She referred in particular to two associations, the IPM and the VPM, and stated that the IPM had had a certain influence on the drugs policy of the Austrian People’s Party. The two associations brought an action against the applicant, requesting the Regional Court to grant an injunction prohibiting the applicant from repeating that the IPM was a sect, ordering her to retract that statement and ordering publication of the retraction in several newspapers. The applicant submitted that the term “sect” was a value judgment used in the context of a political debate and not a statement of fact but nevertheless offered to submit evidence to prove that the associations were sects. The court accepted several documents submitted by the parties but rejected all requests to take other evidence, considering that the documents submitted clarified the issues sufficiently. The court granted the injunction, finding that the applicant’s statements were statements of fact which, having regard to the statutes of the associations and other evidence before the court, had proved untrue. On appeal, the order for a retraction and its publication were dismissed but the prohibition on repetition was upheld. The Court of Appeal held that the applicant’s allegations were statements of fact which amounted to an insult, so that it was for her to prove their truth. It considered that the use of the term “sect” was not decisive but that the allegation of fascist tendencies was of primary importance and, since the applicant had offered to submit evidence only with regard to the question whether the plaintiffs were sects, she had not proved the truth of that allegation. The Supreme Court rejected the applicant’s further appeals on points of law as inadmissible.

---

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

*Held*

(1) Article 10: The injunction constituted an interference with the applicant's right to freedom of expression which was prescribed by law and pursued the legitimate aim of the protection of the reputation or rights of others. It remained to be established whether this interference was necessary in a democratic society. In examining the particular circumstances of the case, the following elements were to be taken into account: the position of the applicant, the position and activities of the associations, and the subject matter of the debate before the Vienna Municipal Council. As regards the applicant's position, she was an elected member of the Vienna Municipal Council and freedom of expression is especially important for an elected representative. As to the IPM and the VPM, private associations lay themselves open to scrutiny when they enter the arena of public debate. In the present case, the IPM and the VPM were active in a field of public concern, namely drugs policy. They participated in public discussions and cooperated with a political party and ought, therefore, to have shown a higher degree of tolerance to criticism. As regards the impugned statements of the applicant, they were made in the course of a political debate in the Vienna Municipal Council and were thus made in a forum which was at least comparable to Parliament with regard to the public interest in protecting the participants' freedom of expression. In a democracy, Parliament or comparable bodies are the essential fora for political debate and very weighty reasons must be advanced to justify interfering with the freedom of expression exercised therein. The Austrian courts having qualified the applicant's allegations as statements of fact, she was obliged to prove their truth in order to avoid an injunction. While the existence of facts can be demonstrated, the requirement to prove the truth of a value judgment is impossible to fulfil and infringes freedom of opinion itself. Even where a statement amounts to a value judgment, the proportionality of the interference may depend on whether there exists a sufficient factual basis for the impugned statement, since even a value judgment without any factual basis to support it may be excessive. Contrary to the view of the Austrian courts, the impugned statements, reflecting as they did fair comment on matters of public interest by an elected member of the Municipal Council, were to be regarded as value judgments. As to whether there existed a sufficient factual basis for such value judgments, the applicant offered to submit evidence which may have been relevant to show a prima facie case that her value judgments were fair comment. While the Regional Court accepted some of this evidence, it refused to take further evidence which it deemed irrelevant. However, the distinction drawn between the term "sect" and "psycho-sect showing totalitarian features" was artificial and disregarded the true nature of the debate in which the applicant was involved. In requiring the applicant to prove the truth of her statements while at the same time depriving her of an effective opportunity to adduce evidence to support her statements in order to show that they constituted fair comment, the domestic courts overstepped their margin of appreciation and the injunction granted against the applicant amounted to a disproportionate interference with her right to freedom of expression.

*Conclusion:* violation (unanimously).

(2) Article 6: In view of its findings under Article 10, the Court found unanimously that it was not necessary to examine the applicant's complaints under Article 6.

Article 41: The Court made an award in respect of costs and expenses.

**Case-law cited by the Court**

*The Sunday Times v. the United Kingdom (no. 1)*, judgment of 26 April 1979, Series A no. 30

*Lingens v. Austria*, judgment of 8 July 1986, Series A no. 103

*Oberschlick v. Austria (no. 1)*, judgment of 23 May 1991, Series A no. 204

*Castells v. Spain*, judgment of 23 April 1992, Series A no. 236

*De Haes and Gijssels v. Belgium*, judgment of 24 February 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I

*Oberschlick v. Austria (no. 2)*, judgment of 1 July 1997, *Reports* 1997-IV

*Nilsen and Johnsen v. Norway* [GC], no. 23118/93, ECHR 1999-VIII

*Wabl v. Austria*, no. 24773/94, 21 March 2000, unreported



**In the case of Jerusalem v. Austria,**

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

Mr J.-P. COSTA, *President*,  
Mr W. FUHRMANN,  
Mr L. LOUCAIDES,  
Sir Nicolas BRATZA,  
Mrs H.S. GREVE,  
Mr K. TRAJA,  
Mr M. UGREKHELIDZE, *judges*,

and Mrs S. DOLLÉ, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 3 October 2000 and 30 January 2001,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 26958/95) against the Republic of Austria lodged with the European Commission of Human Rights (“the Commission”) under former Article 25 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by an Austrian national, Mrs Susanne Jerusalem (“the applicant”), on 2 March 1995.

2. The applicant was represented by Mr T. Prader, a lawyer practising in Vienna (Austria).

3. The applicant alleged that an injunction prohibiting her from repeating certain statements she had made in the course of a debate in the Vienna Municipal Council violated her right to freedom of expression. Furthermore, she alleges that the court proceedings leading to the injunction had been unfair.

4. The application was transmitted to the Court on 1 November 1998, when Protocol No. 11 to the Convention came into force (Article 5 § 2 of Protocol No. 11).

5. The application was allocated to the Third Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). Within that Section, the Chamber that would consider the case (Article 27 § 1 of the Convention) was constituted as provided in Rule 26 § 1.

6. By a decision of 27 June 2000 the Chamber declared the application partly admissible<sup>1</sup>.

7. The Austrian Government (“the Government”), but not the applicant, filed observations on the merits (Rule 59 § 1).

---

1. *Note by the Registry.* The Court’s decision is obtainable from the Registry.

8. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 3 October 2000 (Rule 59 § 2).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mr H. WINKLER, Head of the International Law Department  
at the Federal Ministry of Foreign Affairs, *Agent,*  
Mrs B. OHMS, Federal Chancellery, *Adviser,*  
Mr G. LUKASSER, Federal Ministry of Justice, *Adviser;*

(b) *for the applicant*

Mr D. ENNÖCKL, *Counsel.*

The Court heard addresses by Mr Ennöckl and Mr Winkler.

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

9. The applicant is an Austrian citizen, residing in Vienna. At the relevant time she was a member of the Vienna Municipal Council (*Gemeinderat*), which also acts as the Regional Parliament (*Landtag*).

10. On 11 June 1992, in the course of a session of the Vienna Municipal Council, the applicant, in her function as member of the Municipal Council, gave a speech. The debate related to the granting of subsidies by the municipality to an association which assists parents whose children had become involved in sects. In this context the applicant made the following statement:

“Like everyone else, I know that today a sect no longer means a small group that breaks away from a big church ..., but a psycho-sect.

These psycho-sects also exist in Vienna. They have common features. One aspect they have in common is their totalitarian character. Moreover, in their ideology, they show fascist tendencies and often have hierarchical structures. In general, a person who gets involved with such a sect loses his identity and submits to the group ...”

After having commented on the activities of an association she considered a sect, the applicant continued as follows:

“...the sect IPM [*Institut zur Förderung der Psychologischen Menschenkenntnis* – Institute for a Better Understanding of Human Psychology], which has not long been in existence in Austria but which has existed for several years in Switzerland, where it is called the VPM [*Verein zur Förderung der Psychologischen Menschenkenntnis* – Association for a Better Understanding of Human Psychology] has had a certain influence on the drugs policy of the Austrian People’s Party.”

11. The applicant then stated that the Austrian People's Party had issued a publication on drugs policy in cooperation with the IPM, and had organised information activities involving public discussions together with the IPM. The applicant then requested a resolution by the Municipal Council that, before granting subsidies to an association, the question whether that association was a sect should be examined.

12. The debate in the Municipal Council then turned to the drugs policy and the applicant, in a further speech, criticised the cooperation between the Austrian People's Party and the IPM, and made further statements on the nature and activities of the IPM.

13. On 27 October 1992 the IPM, an association established under Austrian law, and the VPM, an association established under Swiss law, filed a civil-law action under Article 1330 of the Austrian Civil Code against the applicant with the Vienna Regional Court for Civil Matters (*Landesgericht für Zivilrechtssachen*). The associations requested the court to issue an injunction against the applicant prohibiting her from repeating the statement that the IPM was a sect, ordering her to retract this statement and directing the publication of the applicant's retraction in several Austrian newspapers.

14. On 2 February 1993 the applicant commented on the action. She submitted that the term "sect" used by her was a value judgment and not a statement of fact. It had been used in the context of a political debate. If the court, however, was of the opinion that the term "sect" was a statement of fact, she was willing to prove that this statement was true, and proposed documentary evidence and the hearing of witnesses to confirm that the plaintiffs were sects. As documentary evidence, the applicant proposed a decision by a German court and seven articles from newspapers and periodicals on the internal structure and activities of the plaintiffs. She proposed that four witnesses be heard. She also requested that the court obtain an expert report.

15. On 16 February 1993 the IPM and the VPM altered their injunction claim to include the following statement made by the applicant on 11 June 1992:

"One aspect they have in common is their totalitarian character. Moreover, in their ideology, they show fascist tendencies and often have hierarchical structures. In general, a person who gets involved with such a sect loses his identity and submits to the group..."

16. On 18 February 1993 the applicant confirmed that she had received the plaintiffs' amended claim. She submitted a transcript of the session of the Vienna Municipal Council of 11 June 1992, and argued that the modification of the action merely referred to a general explanation of the term "psycho-sect" and had no direct relation to the plaintiffs. She further referred to her previous statements and the evidence proposed therein.

17. On 22 February 1993 a hearing took place before the Regional Court. The court accepted several documents submitted by the parties, closed the taking of evidence and rejected all requests for the taking of other evidence as irrelevant because the documents submitted had clarified the issues sufficiently.

18. On 8 April 1993 the Regional Court granted the injunction. It ordered the applicant not to repeat her statements that the IPM and the VPM were sects of a totalitarian character. Furthermore, the court ordered the applicant to retract these statements, the retraction to be published in several newspapers. The Regional Court found that, contrary to the applicant's opinion, her statements were not value judgments, but statements of fact. Having regard to the statutes of the associations and other evidence before it, the Regional Court considered that the applicant's statements had proved to be untrue. The applicant had disseminated unfounded assumptions as proven fact and had therefore acted negligently. As the damage to the plaintiff associations' earnings and livelihood was manifest, the Court granted the requested injunction under Article 1330 § 2 of the Civil Code.

19. On 12 July 1993 the applicant appealed. She submitted that the Regional Court had failed to take the evidence requested by her. She contended in particular that the real activities of the plaintiffs and their (totalitarian) methods could not be seen from their statutes. In particular, the internal organisational structure (hierarchical structure), their conduct against critics (exhibiting a totalitarian character and an ideology with fascist features) and the effect on the personality of the persons concerned (loss of identity and submission to the group) should have been examined. Only a report by an expert using sociological and psychological methods, or interviews with the persons affected, could have clarified these issues. In any event, the applicant's statements were value judgments made in the context of a political debate and not statements of fact. The injunction therefore violated her right to freedom of expression under Article 10 of the Convention.

20. On 16 November 1993 the Vienna Court of Appeal (*Oberlandesgericht*) upheld the Regional Court's decision in so far as it concerned the prohibition on repetition, but quashed the order for a retraction and its publication.

21. It confirmed the Regional Court's view that the applicant's allegations were statements of fact. Contrary to the opinion of the Regional Court, the Court of Appeal considered that the applicant's allegations amounted to an insult and fell not only within the scope of the second but also within the scope of the first paragraph of Article 1330 of the Civil Code. In that case, the applicant had to prove the truth of her allegations.



22. With regard to the applicant's complaint that the Regional Court had refused to take the evidence she had proposed in order to prove that the plaintiffs were sects, the Court of Appeal found that such evidence was irrelevant to the proceedings. According to the Court of Appeal's legal point of view, the applicant's statements had to be seen as a whole. Thus, the use of the term "sect" was not decisive, but the allegation of fascist tendencies was of primary importance. This latter statement amounted to an insult going beyond justified criticism. Since the applicant had not offered any evidence with regard to this definition of a psycho-sect, but only with regard to the question whether the plaintiffs were sects, she had failed to prove its truth, as required by Article 1330 § 1 of the Civil Code. The Court of Appeal also found that the request for a retraction of the statement and its publication in several newspapers had to be dismissed because the plaintiffs had failed to specify the addressees of the retraction, even though the applicant's statements had been reported in the newspapers.

23. On 18 August 1994 the Supreme Court (*Oberster Gerichtshof*) rejected as inadmissible the applicant's further appeal on points of law (*Revision*). It confirmed, however, that the statements such as "fascist tendencies" or "totalitarian character" were statements of fact which the applicant had failed to prove. Referring to its previous case-law, it stated that disparagement by means of untrue statements, even though it was made in the course of a political debate, went beyond acceptable political criticism and could not be justified by a weighing of interests or by the right to freedom of expression.

## II. RELEVANT DOMESTIC LAW

24. Article 1330 of the Austrian Civil Code (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*) provides as follows:

"(1) Everyone who has suffered material damage or loss of profit because of an insult may claim compensation.

(2) The same applies if anyone disseminates statements of fact which jeopardise another person's credit, income or livelihood and if the untruth of the statement was known or must have been known to him. In such a case the public retraction of the statement may also be requested ..."

25. Members of the Vienna Municipal Council enjoy a limited parliamentary immunity. They are exempt from legal proceedings for anything said by them in the course of debates in the Municipal Council in so far as the Municipal Council sits as the Parliament of a *Land* (Articles 57, 58 and 96 of the Federal Constitution). However, this privilege does not extend to sessions of the Municipal Council sitting as the local council. The reason is that Vienna, under the Austrian

Constitution, has a dual function, being at the same time a *Land* and a local council (Article 108 of the Federal Constitution).

## THE LAW

### I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 10 OF THE CONVENTION

26. The applicant alleged a breach of Article 10 of the Convention, which reads as follows:

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

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

27. The applicant contests the necessity of the interference with her right to freedom of expression. The incriminated statements had been made in the course of a session of the Vienna Municipal Council and concerned a political issue, namely the granting of public subsidies to associations and, in particular, an association of parents whose children had become involved with sects. In this context the applicant had pointed out that sects were gaining influence in politics and had cited the plaintiff associations as examples because of their cooperation with the Austrian People's Party. The applicant had not been involved in a direct dispute with the VPM (*Verein zur Förderung der Psychologischen Menschenkenntnis* – Association for a Better Understanding of Human Psychology) or the IPM (*Institut zur Förderung der Psychologischen Menschenkenntnis* – Institute for a Better Understanding of Human Psychology). Rather, her statements were a critical comment on the drug policy of another political party, and could not be understood as an attack on the plaintiffs' reputation. In any event, the IPM itself had repeatedly made public statements on AIDS prevention as well as on drug policy, and the applicant was therefore entitled to comment on that. Finally, the applicant submitted that the statements at issue were value judgments. This opinion was not shared by the Austrian courts, which qualified them as statements of fact, the truth of which had to be proved. Nevertheless, she had offered evidence to prove their truth, but the Austrian courts had refused it. Thus, it was not her fault that she had not succeeded in proving the truth of her statements.

28. The Government accept that the injunction interfered with the applicant's right to freedom of expression. However, in their view, the measure at issue was justified under paragraph 2 of Article 10 as it was

“prescribed by law”, namely Article 1330 of the Civil Code, and pursued the legitimate aim of protecting the reputation and rights of others. Moreover, it was necessary in a democratic society in the interests of that aim. In this respect the Government submit that the limits of acceptable criticism are wider in respect of a politician than in respect of a private individual. In the present case, however, the applicant had not attacked a politician but had raised serious accusations against private bodies, whose political function, if any, was merely a consultative one. In her capacity as member of the Municipal Council, the applicant had attacked the associations in circumstances which prevented them from defending themselves in the same way, at the same place and before the same audience. Moreover, the interference was not disproportionate since the impugned judicial proceedings were not instituted *ex officio* by the State but by private organisations, and the proceedings were not criminal in nature but civil.

29. The Government submit further that the Austrian courts had correctly qualified the applicant’s remarks as statements of fact. Thus, the applicant had the opportunity to prove the truth of her statements, which she failed to do.

30. The Court notes that it was common ground between the parties that the injunction constituted an interference with the applicant’s right to freedom of expression, as guaranteed by Article 10 § 1 of the Convention. Furthermore, there was no dispute that the interference was prescribed by law and pursued a legitimate aim, namely the protection of the reputation or rights of others, within the meaning of Article 10 § 2. The Court endorses this assessment.

31. The dispute in the case relates to the question whether the interference was “necessary in a democratic society”.

32. According to the Court’s well-established case-law, freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for individual self-fulfilment. Subject to paragraph 2 of Article 10, it is applicable not only to “information” or “ideas” that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb. Such are the demands of pluralism, tolerance and broadmindedness, without which there is no “democratic society”. As set forth in Article 10, this freedom is subject to exceptions, which must, however, be construed strictly, and the need for any restrictions must be established convincingly.

33. The test of “necessity in a democratic society” requires the Court to determine whether the “interference” complained of corresponded to a “pressing social need”, whether it was proportionate to the legitimate aim pursued and whether the reasons given by the national authorities to justify it are relevant and sufficient (see *The Sunday Times v. the United*

*Kingdom (no. 1)*, judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, p. 38, § 62). In assessing whether such a “need” exists and what measures should be adopted to deal with it, the national authorities are left a certain margin of appreciation. This power of appreciation is not, however, unlimited but goes hand in hand with a European supervision by the Court, whose task it is to give a final ruling on whether a restriction is reconcilable with freedom of expression as protected by Article 10 (see, among many other authorities, *Nilsen and Johnsen v. Norway* [GC], no. 23118/93, § 43, ECHR 1999-VIII).

34. The Court’s task in exercising its supervisory function is not to take the place of the national authorities but rather to review under Article 10, in the light of the case as a whole, the decisions they have taken pursuant to their power of appreciation (*ibid.*).

35. In examining the particular circumstances of the case, the Court will take the following elements into account: the position of the applicant, the position of the associations which instituted the injunction proceedings and their activities, and the subject matter of the debate before the Vienna Municipal Council.

36. As regards the applicant’s position, the Court observes that she was an elected politician sitting as a member of the Vienna Municipal Council. As such, the applicant enjoyed limited parliamentary immunity (see paragraph 25 above). However, the session of the Municipal Council during which the applicant made her speech was one of the local council and not the *Land* Parliament. In the latter instance, any statement made by the applicant would have been protected by parliamentary immunity and an action for an injunction would have been impossible. In this respect the Court recalls that while freedom of expression is important for everybody, it is especially so for an elected representative of the people. He or she represents the electorate, draws attention to their preoccupations and defends their interests. Accordingly, interferences with the freedom of expression of an opposition member of parliament, like the applicant, call for the closest scrutiny on the part of the Court (see *Castells v. Spain*, judgment of 23 April 1992, Series A no. 236, pp. 22-23, § 42).

37. As regards the position of the IPM and the VPM, the applicant’s opponents in the injunction proceedings, the Government submitted that the associations were private bodies and could not, for the purposes of Article 10, be compared with politicians.

38. The Court recalls that the limits of acceptable criticism are wider with regard to politicians acting in their public capacity than in relation to private individuals, as the former inevitably and knowingly lay themselves open to close scrutiny of word and deed by both journalists and the public at large. Politicians must display a greater degree of tolerance, especially when they themselves make public statements that are susceptible to criticism.

However, private individuals or associations lay themselves open to scrutiny when they enter the arena of public debate. In the case of *Nilsen and Johnsen*, cited above, § 52, the Court found that Mr Bratholm, a government expert involved in a dispute with Mr Nilsen and Mr Johnsen, could not, on account of that position, be compared to a politician who had to display a greater degree of tolerance. However, the Court found that Mr Bratholm's participation in a public debate was a relevant factor.

39. In the present case the Court observes that the IPM and the VPM were associations active in a field of public concern, namely drug policy. They participated in public discussions on this matter and, as the Government conceded, cooperated with a political party. Since the associations were active in this manner in the public domain, they ought to have shown a higher degree of tolerance to criticism when opponents considered their aims as well as to the means employed in that debate.

40. As regards the impugned statements of the applicant, the Court observes that they were made in the course of a political debate within the Vienna Municipal Council. It is not decisive that this debate occurred before the Vienna Municipal Council sitting as the local council and not as the *Land* Parliament. Irrespective of whether the applicant's statements were covered by parliamentary immunity, the Court finds that they were made in a forum which was at least comparable to Parliament as concerns the public interest in protecting the participants' freedom of public expression. In a democracy, Parliament or such comparable bodies are the essential fora for political debate. Very weighty reasons must be advanced to justify interfering with the freedom of expression exercised therein.

41. The debate in the Municipal Council related to the granting of public subsidies to associations and the applicant commented on one particular item on the agenda, namely the granting of subsidies to an association which assisted parents whose children had become involved in sects (*der Selbsthilfegruppen von Sektenopfern*). The purpose of the applicant's speech was to emphasise the necessity for such assistance by describing the dangers of groups which, with a connotation quite distinct from that attaching to the words in past religious controversies, were commonly referred to as sects. In this context – in which the IPM and the VPM were not mentioned – she explained the term “sect” and expressed the opinion that one aspect which these sects have in common is their totalitarian character. Her further elaboration of the point was fully in line with general definitions of totalitarianism. It was only later in her speech that the applicant criticised connections between the Austrian People's Party and the IPM and the VPM.

42. In the present case, the Austrian courts qualified the applicant's statements as statements of fact. Accordingly, the applicant was obliged to prove their truth in order to avoid an injunction. In this respect the

Court recalls that in the cases of *Lingens v. Austria* (judgment of 8 July 1986, Series A no. 103, p. 28, § 46), and *Oberschlick v. Austria (no. 1)* (judgment of 23 May 1991, Series A no. 204, pp. 27-28, § 63), the Court has distinguished between statements of fact and value judgments. The existence of facts can be demonstrated, whereas the truth of value judgments is not susceptible of proof. The requirement to prove the truth of a value judgment is impossible to fulfil and infringes freedom of opinion itself, which is a fundamental part of the right secured by Article 10.

43. However, the Court further recalls that, even where a statement amounts to a value judgment, the proportionality of an interference may depend on whether there exists a sufficient factual basis for the impugned statement, since even a value judgment without any factual basis to support it may be excessive (see *De Haes and Gijssels v. Belgium*, judgment of 24 February 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I, p. 236, § 47, and *Oberschlick v. Austria (no. 2)*, judgment of 1 July 1997, *Reports* 1997-IV, p. 1276, § 33).

44. The Court finds that, contrary to the view of the Austrian Courts, the impugned statements in the present case, reflecting as they did fair comment on matters of public interest by an elected member of the Municipal Council, are to be regarded as value judgments rather than statements of fact (see *Lingens*, cited above, p. 28, § 46, and *Wabl v. Austria*, no. 24773/94, § 36, 21 March 2000, unreported).

45. The question remains whether there existed a sufficient factual basis for such value judgments. In this regard, the Court notes that the applicant offered documentary evidence, especially articles from newspapers and magazines, on the internal structure and the activities of the plaintiffs, as well as a German court judgment on this matter. In the Court's view, such material may have been relevant to show a prima facie case that the value judgment expressed by the applicant was fair comment. Apart from that documentary evidence, which was accepted by the Regional Court, the applicant also proposed the evidence of four witnesses and suggested that an expert opinion be sought. Nevertheless, the Regional Court refused to take this evidence because, as the Court of Appeal explained, it merely related to the term "sect" and not to that term as explained by the applicant in her speech, namely a body having a totalitarian character, showing fascist tendencies and having hierarchical structures with a resultant adverse impact on the psychological situation of its members or followers. Such evidence was therefore deemed irrelevant. No comment was made as to its availability.

However, the Court considers that the distinction drawn between the term "sect" and "psycho-sect showing totalitarian features" was artificial and disregarded the true nature of the debate in which the applicant was involved. It is struck by the inconsistent approach of the domestic courts

on the one hand requiring proof of a statement and on the other hand refusing to consider all available evidence.

46. The Court finds that, in requiring the applicant to prove the truth of her statements, while at the same time depriving her of an effective opportunity to adduce evidence to support her statements and thereby show that they constituted fair comment, the Austrian courts overstepped their margin of appreciation and that the injunction granted against the applicant amounted to a disproportionate interference with her freedom of expression.

47. Accordingly there has been a breach of Article 10 of the Convention.

## II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 6 OF THE CONVENTION

48. Article 6 § 1, so far as relevant, reads as follows:

“In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair ... hearing ... by [a] ... tribunal ...”

49. The applicant also complains under Article 6 of the Convention that the Austrian courts refused to take the evidence proposed by her, in particular to hear witnesses on whether the associations were sects.

50. This is contested by the Government, who argue that the Austrian courts correctly dismissed the applicant’s request.

51. Having regard to its above considerations under Article 10 of the Convention, the Court does not find it necessary to examine the applicant’s complaint under Article 6 of the Convention.

## III. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

52. 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

53. Under the head of non-pecuniary damage the applicant claims 200,000 Austrian schillings (ATS). The Government did not comment on the claim.

54. The Court does not exclude that the applicant may have sustained non-pecuniary prejudice as a result of the breach of Article 10, on account of the anxiety and uncertainty occasioned by the injunction proceedings. It

considers, however, that in the circumstances of the case the finding of a violation in itself constitutes sufficient just satisfaction (see *Oberschlick (no. 1)*, cited above, p. 29, § 69, and *News Verlags GmbH & CoKG v. Austria*, no. 31457/96, § 66, ECHR 2000-I).

### **B. Costs and expenses**

55. The applicant claimed ATS 101,531.40 as costs and expenses incurred in the domestic proceedings and ATS 178,906.20 for the Convention proceedings. She further claimed ATS 11,594.70 for the travel expenses of her counsel participating at the hearing before the Court.

56. The Government did not comment on these claims.

57. The Court recalls that, according to its case-law, it has to consider whether the costs and expenses were actually and necessarily incurred in order to prevent or obtain redress for the matter found to constitute a violation of the Convention and were reasonable as to quantum (see, for instance, *Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway* [GC], no. 21980/93, § 80, ECHR 1999-III). The Court considers that these conditions are met as regards the costs and expenses incurred in the domestic proceedings and, consequently, awards the sum of ATS 101,531.40.

As to the costs of the Convention proceedings, the Court finds the claim excessive. In this respect the Court notes that for costs and expenses related to the hearing alone the applicant claims ATS 113,837.10. Therefore the Court, having regard to sums granted in comparable cases (for example, *Labita v. Italy* [GC], no. 26772/95, § 210, ECHR 2000-IV), and making an assessment on an equitable basis, awards the applicant ATS 110,000 for costs and expenses incurred in the Convention proceedings.

### **C. Default interest**

58. According to the information available to the Court, the statutory rate of interest applicable in Austria at the date of adoption of the present judgment is 4% per annum.

## **FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY**

1. *Holds* that there has been a violation of Article 10 of the Convention;
2. *Holds* that it is not necessary to examine separately whether there has been a violation of Article 6 of the Convention;



3. *Holds* that the finding of a violation in itself constitutes sufficient just satisfaction for any non-pecuniary damage sustained by the applicant;
4. *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, the following amounts:
    - (i) ATS 101,531.40 (one hundred and one thousand five hundred and thirty-one Austrian schillings forty groschen) for costs and expenses incurred in the domestic proceedings, and
    - (ii) ATS 110,000 (one hundred and ten thousand Austrian schillings) for costs and expenses incurred in the proceedings before the Convention organs;
  - (b) that simple interest at an annual rate of 4% shall be payable 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 notified in writing on 27 February 2001, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

S. DOLLÉ  
Registrar

J.-P. COSTA  
President



JERUSALEM c. AUTRICHE  
*(Requête n° 26958/95)*

TROISIÈME SECTION

ARRÊT DU 27 FÉVRIER 2001<sup>1</sup>

---

1. Traduction ; original anglais.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Injonction interdisant à une conseillère municipale de réitérer des propos sur les sectes****Article 10**

*Liberté d'expression – Injonction interdisant à une conseillère municipale de réitérer des propos sur les sectes – Protection de la réputation d'autrui – Protection des droits d'autrui – Nécessaire dans une société démocratique – Liberté d'expression des représentants élus – Débat public – Débat politique – Distinction entre jugements de valeur et déclarations de fait – Refus des tribunaux d'admettre des éléments de preuve pertinents*

\*  
\* \* \*

Au cours d'une séance du conseil municipal de Vienne, la requérante, conseillère municipale, fit un discours dans lequel elle définit les sectes comme des « psycho-sectes » et les décrit comme ayant un caractère totalitaire et des tendances fascistes. Elle mentionna en particulier deux associations, l'IPM et le VPM, et déclara que l'IPM renforçait son influence sur la politique du Parti populaire autrichien en matière de drogues. Les deux associations intentèrent une action contre la requérante et demandèrent au tribunal régional d'émettre une injonction interdisant à celle-ci de réitérer que l'IPM fût une secte, de la sommer de se rétracter et d'ordonner la parution de la rétractation dans plusieurs journaux. La requérante fit valoir que le terme de « secte » constituait un jugement de valeur émis dans le contexte d'un débat politique, non une déclaration de fait ; elle offrit néanmoins de présenter des éléments de preuve afin d'établir que les associations étaient des sectes. Le tribunal admit plusieurs documents produits par les parties mais écarta toutes les demandes tendant à l'administration d'autres preuves, estimant que les documents clarifiaient suffisamment les questions litigieuses. Il accorda une injonction, estimant que les propos de la requérante constituaient des déclarations de fait qui, compte tenu des statuts des associations et d'autres éléments en la possession du tribunal, s'étaient révélées inexactes. En appel, l'ordre de rétractation et de publication fut infirmé, mais l'interdiction de réitérer les propos litigieux fut confirmée. La cour d'appel considéra que les allégations de la requérante constituaient des déclarations de fait qui s'analysaient en une insulte, de sorte que c'était à l'intéressée qu'il incombait d'en prouver la véracité. Pour la cour d'appel, l'emploi du terme de « secte » n'était pas déterminant, mais l'allégation de tendances fascistes était décisive et, la requérante n'ayant offert des preuves que pour la question de savoir si les plaignants étaient des sectes, elle n'avait pas établi la véracité de

---

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

cette allégation. La Cour suprême déclara irrecevables les pourvois de la requérante.

1. Article 10: l'injonction s'analysait en une ingérence dans le droit de la requérante à la liberté d'expression, ingérence prévue par la loi et poursuivant un but légitime – la protection de la réputation ou des droits d'autrui. Reste à établir si cette ingérence était nécessaire dans une société démocratique. Lors de l'examen des circonstances de l'espèce, il faut prendre en compte les éléments suivants: la position de la requérante, la position et les activités des associations, l'objet du débat tenu au conseil municipal de Vienne. En ce qui concerne la position de la requérante, celle-ci était élue du conseil municipal de Vienne et la liberté d'expression est particulièrement précieuse pour un élu du peuple. Pour ce qui est de l'IPM et du VPM, les associations privées s'exposent à un contrôle minutieux lorsqu'elles descendent dans l'arène du débat public. En l'espèce, l'IPM et le VPM sont des associations œuvrant dans un domaine qui intéresse le public, à savoir la politique en matière de drogues. Elles ont pris part aux débats publics et ont coopéré avec un parti politique; elles auraient donc dû faire preuve d'un plus grand degré de tolérance à l'égard des critiques. Quant aux propos litigieux de la requérante, ils ont été tenus au cours d'un débat politique du conseil municipal de Vienne, donc dans une instance pour le moins comparable au parlement pour ce qui est de l'intérêt que présente, pour la société, la protection de la liberté d'expression des participants. Dans une démocratie, le parlement ou des organes comparables sont des tribunes indispensables au débat politique. Une ingérence dans la liberté d'expression exercée dans le cadre de ces organes ne saurait donc se justifier que par des motifs impérieux. Les cours et tribunaux autrichiens qualifièrent les observations de la requérante de déclarations de fait. La requérante était donc dans l'obligation d'établir leur véracité pour éviter une injonction. Si la matérialité de faits peut se prouver, pour les jugements de valeur l'obligation de preuve est impossible à remplir et porte atteinte à la liberté d'opinion elle-même. Même lorsqu'une déclaration équivaut à un jugement de valeur, la proportionnalité de l'ingérence dépend de l'existence d'une base factuelle suffisante pour la déclaration incriminée puisque même un jugement de valeur totalement dépourvu de base factuelle peut se révéler excessif. Contrairement aux cours et tribunaux autrichiens, la Cour estime que les déclarations incriminées sont des assertions objectives sur des questions d'intérêt public par un élu du conseil municipal et constituent à ce titre des jugements de valeur. Quant au point de savoir si la base factuelle de ces jugements de valeur était suffisante, la requérante avait proposé des éléments qui pouvaient contribuer à établir un commencement de preuve que les jugements de valeur formulés par elle étaient des commentaires objectifs. Si le tribunal régional a admis certains de ces éléments, il a refusé d'en recueillir d'autres qu'il a jugés sans pertinence. Or la distinction entre le terme de «secte» et l'expression «psycho-secte ayant un caractère totalitaire» est artificielle et ne tient pas compte de la nature véritable du débat auquel la requérante a participé. En exigeant de l'intéressée qu'elle prouve la véracité de ses déclarations tout en lui déniait une possibilité effective de produire des éléments à l'appui de celles-ci et donc de démontrer qu'il s'agissait de commentaires objectifs, les juridictions autrichiennes ont excédé la marge d'appréciation. L'injonction adressée à la

requérante s'analyse donc en une ingérence disproportionnée dans la liberté d'expression de l'intéressée.

*Conclusion* : violation (unanimité).

2. Article 6 : eu égard à ses considérations au titre de l'article 10, la Cour estime à l'unanimité qu'il n'y a pas lieu d'examiner le grief que la requérante tire de l'article 6.

Article 41 : la Cour alloue une somme pour frais et dépens.

### **Jurisprudence citée par la Cour**

*Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, arrêt du 26 avril 1979, série A n° 30

*Lingens c. Autriche*, arrêt du 8 juillet 1986, série A n° 103

*Oberschlick c. Autriche (n° 1)*, arrêt du 23 mai 1991, série A n° 204

*Castells c. Espagne*, arrêt du 23 avril 1992, série A n° 236

*De Haes et Gijssels c. Belgique*, arrêt du 24 février 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-I

*Oberschlick c. Autriche (n° 2)*, arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 1997, *Recueil* 1997-IV

*Nilsen et Johnsen c. Norvège* [GC], n° 23118/93, CEDH 1999-VIII

*Wabl c. Autriche*, n° 24773/94, 21 mars 2000, non publié





**En l'affaire Jerusalem c. Autriche,**

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

MM. J.-P. COSTA, *président*,

W. FUHRMANN,

L. LOUCAIDES,

Sir Nicolas BRATZA,

M<sup>me</sup> H.S. GREVE,

MM. K. TRAJA,

M. UGREKHELIDZE, *juges*,

et de M<sup>me</sup> S. DOLLÉ, *greffière de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 3 octobre 2000 et  
30 janvier 2001,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 26958/95) dirigée contre la République d'Autriche et dont une ressortissante de cet Etat, M<sup>me</sup> Susanne Jerusalem («la requérante»), avait saisi la Commission européenne des Droits de l'Homme («la Commission») le 2 mars 1995 en vertu de l'ancien article 25 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales («la Convention»).

2. La requérante est représentée par M<sup>r</sup> T. Prader, avocat au barreau de Vienne (Autriche).

3. La requérante alléguait qu'une injonction lui interdisant de répéter certains propos qu'elle avait tenus dans le cadre d'un débat au conseil municipal de Vienne avait emporté violation de son droit à la liberté d'expression. Elle se plaignait également de l'iniquité de la procédure qui a abouti à cette injonction.

4. La requête a été transmise à la Cour le 1<sup>er</sup> novembre 1998, date d'entrée en vigueur du Protocole n° 11 à la Convention (article 5 § 2 du Protocole n° 11).

5. La requête a été attribuée à la troisième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement de la Cour). Au sein de celle-ci, la chambre chargée d'examiner l'affaire (article 27 § 1 de la Convention) a été constituée conformément à l'article 26 § 1 du règlement.

6. Par une décision du 27 juin 2000, la chambre a déclaré la requête partiellement recevable<sup>1</sup>.

---

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

7. Le gouvernement autrichien («le Gouvernement») a déposé des observations sur le fond de l'affaire (article 59 § 1 du règlement), contrairement à la requérante.

8. Une audience s'est tenue en public au Palais des Droits de l'Homme, à Strasbourg, le 3 octobre 2000 (article 59 § 2 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M. H. WINKLER, chef du département de droit international  
du ministère fédéral des Affaires étrangères, *agent*,  
M<sup>me</sup> B. OHMS, chancellerie fédérale,  
M. G. LUKASSER, ministère fédéral de la Justice, *conseillers* ;

– *pour la requérante*

M. D. ENNÖCKL, *conseil*.

La Cour a entendu en leurs déclarations M. Ennöckl et M. Winkler.

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

9. La requérante, de nationalité autrichienne, est domiciliée à Vienne. A l'époque des faits, elle était membre du conseil municipal (*Gemeinderat*) de Vienne, qui fait également office de parlement du *Land* (*Landtag*).

10. Le 11 juin 1992, au cours d'une séance du conseil municipal, la requérante s'exprima, en sa qualité de membre dudit conseil, dans le cadre d'un débat sur l'octroi de subventions par la municipalité à une association d'aide aux parents dont les enfants avaient été entraînés dans des sectes. Dans ce contexte, la requérante déclara ce qui suit :

«Comme tout un chacun, je sais qu'aujourd'hui une secte n'est plus un petit groupe qui se dissocie d'une Eglise reconnue (...), mais une psycho-secte.

Ces sectes existent aussi à Vienne. Elles ont des points communs. Un des aspects qu'elles ont en commun est leur caractère totalitaire. De plus, dans leur idéologie, elles manifestent des tendances fascistes et ont souvent des structures hiérarchiques. D'une manière générale, une personne qui est impliquée dans une telle secte perd son identité et se soumet au groupe (...)

Commentant alors les activités d'une association qu'elle considérait être une secte, la requérante ajouta ceci :

« (...) la secte IPM [*Institut zur Förderung der psychologischen Menschenkenntnis* – Institut pour une meilleure connaissance de la psychologie de l'être humain], implantée récemment en Autriche mais qui compte déjà plusieurs années d'activité en Suisse, où

elle porte le nom de VPM [*Verein zur Förderung der psychologischen Menschenkenntnis* – Association pour une meilleure connaissance de la psychologie de l'être humain], exerce une certaine influence sur la politique du Parti populaire autrichien en matière de drogues.»

11. La requérante déclara ensuite que le Parti populaire autrichien avait fait paraître une publication sur sa politique en matière de drogues en coopération avec l'IPM, et avait organisé, toujours avec cette association, des campagnes d'information comportant notamment des débats publics. Puis la requérante demanda au conseil municipal d'adopter une résolution prévoyant qu'avant d'octroyer des subventions à une association, il vérifierait que celle-ci n'est pas une secte.

12. Lors du débat que le conseil municipal consacra ensuite à la politique en matière de drogues, la requérante critiqua, dans une autre déclaration, la coopération entre le Parti populaire autrichien et l'IPM, et elle intervint à plusieurs reprises au sujet de la nature et des activités de l'IPM.

13. Le 27 octobre 1992, l'IPM, association de droit autrichien, et le VPM, association de droit suisse, engagèrent une action civile contre la requérante devant le tribunal régional de Vienne pour les affaires civiles (*Landesgericht für Zivilrechtssachen*), en vertu de l'article 1330 du code civil autrichien. Ces associations demandèrent au tribunal d'adresser à la requérante une injonction lui interdisant de répéter ses propos qualifiant l'IPM de secte, et lui imposant de se rétracter et de faire publier la rétractation dans plusieurs journaux autrichiens.

14. Le 2 février 1993, la requérante déposa des observations sur cette procédure. Elle précisa qu'en employant le terme de «secte», elle n'énonçait pas un fait, mais émettait un jugement de valeur. Elle avait prononcé ce mot au cours d'un débat politique. Si toutefois, de l'avis du tribunal, le terme de secte constituait une déclaration de fait, elle était prête à en démontrer la véracité et proposait de produire des preuves documentaires et testimoniales du caractère sectaire des parties plaignantes. La requérante offrit de présenter, à titre de preuve, la décision d'une juridiction allemande, ainsi que sept articles de journaux et de revues traitant de la structure interne et des activités des plaignants. Elle proposa l'audition de quatre témoins et demanda au tribunal d'ordonner une expertise.

15. Le 16 février 1993, l'IPM et le VPM modifièrent leur demande d'injonction pour y inclure la déclaration de la requérante du 11 juin 1992 :

«Un des aspects qu'elles ont en commun est leur caractère totalitaire. De plus, dans leur idéologie, elles manifestent des tendances fascistes et ont souvent des structures hiérarchiques. D'une manière générale, une personne qui est impliquée dans une telle secte perd son identité et se soumet au groupe (...)»

16. Le 18 février 1993, la requérante confirma qu'elle avait bien reçu la version modifiée de la demande des plaignants. Elle remit un compte rendu de la séance du conseil municipal de Vienne tenue le 11 juin 1992, et fit valoir que la modification de la demande ne concernait que l'explication générale du terme de «psycho-secte» et n'avait aucun rapport direct avec les plaignants. De plus, elle renvoya à ses déclarations antérieures et aux éléments de preuve qu'elle y proposait.

17. Le 22 février 1993, une audience eut lieu devant le tribunal régional qui accepta plusieurs documents présentés par les parties, mit fin à l'audition des témoins et rejeta toutes les demandes relatives à l'administration d'autres preuves, pour défaut de pertinence, puisque les documents présentés avaient suffisamment clarifié les points litigieux.

18. Le 8 avril 1993, le tribunal régional délivra l'injonction. Il intima à la requérante de ne pas répéter ses propos qualifiant l'IPM et le VPM de sectes à caractère totalitaire. De plus, le tribunal enjoignit à la requérante de retirer ses déclarations, et ordonna la parution de la rétractation dans plusieurs journaux. Le tribunal régional estima, contrairement à la requérante, que les propos tenus ne constituaient pas de simples jugements de valeur mais des déclarations de fait. Eu égard aux statuts des associations et aux autres preuves en sa possession, le tribunal jugea que les déclarations de la requérante n'étaient pas conformes à la vérité. La requérante avait diffusé des suppositions non fondées en les présentant comme un fait établi, et avait donc agi avec négligence. Le dommage causé aux revenus des associations plaignantes étant manifeste, le tribunal prononça l'injonction requise en vertu de l'article 1330 § 2 du code civil.

19. Le 12 juillet 1993, la requérante interjeta appel. Elle alléguait que le tribunal régional n'avait pas procédé à l'administration des preuves qu'elle avait demandées. Elle fit notamment valoir que les activités réelles des plaignants et leurs méthodes (totalitaires) ne ressortaient pas clairement des statuts. Il aurait fallu en particulier examiner la structure organisationnelle interne (structure hiérarchique), le comportement des plaignants à l'égard des critiques (manifestation d'un caractère totalitaire et d'une idéologie présentant des caractéristiques fascistes) et leur effet sur la personnalité des individus concernés (perte d'identité et soumission au groupe). Seuls un rapport d'expert établi à l'aide de méthodes sociologiques et psychologiques ou des entretiens avec les personnes concernées auraient pu clarifier le débat. En tout état de cause, les déclarations de la requérante étaient des jugements de valeur émis au cours d'un débat politique et non pas des déclarations de fait. L'injonction emportait donc dans le chef de l'intéressée violation du droit à la liberté d'expression garanti par l'article 10 de la Convention.

20. Le 16 novembre 1993, la cour d'appel (*Oberlandesgericht*) de Vienne confirma la décision du tribunal régional en ce qu'elle interdisait à la

requérante de répéter ses déclarations, mais annula l'injonction de rétractation et de publication.

21. La cour d'appel confirma la position du tribunal régional qui qualifiait les allégations de la requérante de déclarations de fait mais, contrairement au tribunal, elle estima que ces allégations s'analysaient en une insulte et tombaient sous le coup, non seulement du deuxième, mais aussi du premier paragraphe de l'article 1330 du code civil. En l'occurrence, c'était à la requérante qu'il incombait de prouver la véracité des allégations.

22. Quant au grief de la requérante selon lequel le tribunal régional n'avait pas accepté les preuves qu'elle avait proposées pour démontrer que les plaignants étaient des sectes, la cour d'appel estima que ces preuves étaient dénuées de pertinence. D'un point de vue juridique, les déclarations de la requérante devaient, de l'avis de la cour d'appel, être appréciées dans leur ensemble. L'emploi du mot «secte» n'était donc pas déterminant alors que l'allégation de tendances fascistes était décisive. Cette dernière déclaration s'analysait en une insulte qui allait au-delà d'une critique justifiée. Etant donné que la requérante n'avait pas présenté de preuve quant à cette définition d'une psycho-secte, mais uniquement quant au point de savoir si les plaignants étaient ou non des sectes, elle n'avait pas établi la véracité de ses propos, ainsi que l'exige l'article 1330 § 1 du code civil. De l'avis de la cour d'appel, il y avait lieu d'infirmer l'injonction de rétractation de la déclaration et de publication dans plusieurs journaux puisque les plaignants n'avaient pas spécifié les destinataires de cette rétractation, même si les déclarations de la requérante avaient été relatées dans les journaux.

23. Le 18 août 1994, la Cour suprême (*Oberster Gerichtshof*) débouta la requérante de son pourvoi (*Revision*); elle confirma que des expressions telles que «tendances fascistes» ou «caractère totalitaire» constituaient des déclarations de fait dont l'intéressée n'avait pas apporté la preuve. Se référant à sa jurisprudence antérieure, la Cour estima que les fausses déclarations formulées dans une intention de dénigrement, même si elles sont faites au cours d'un débat politique, dépassent les limites de la critique politique admissible et ne sauraient se justifier par une mise en balance des intérêts ou par le droit à la liberté d'expression.

## II. LE DROIT INTERNE PERTINENT

24. L'article 1330 du code civil autrichien (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*) est libellé comme suit :

« 1. Quiconque a subi un préjudice matériel ou un manque à gagner par suite de diffamation a droit à réparation.

2. De même, une action en réparation peut être intentée contre toute personne qui diffuse des informations de nature à compromettre la réputation, les revenus ou l'avancement d'autrui, si elle savait ou devait savoir qu'elles étaient fausses. Dans ce cas, le plaignant peut demander que lesdites informations fassent l'objet d'une rétractation publique (...)»

25. Les membres du conseil municipal de Vienne jouissent d'une immunité parlementaire relative. Ils ne peuvent être poursuivis pour les paroles qu'ils prononcent dans le cadre d'un débat du conseil municipal, lorsque celui-ci siège en tant que parlement d'un *Land* (articles 57, 58 et 96 de la Constitution fédérale). Cette immunité ne vaut toutefois pas pour les séances du conseil municipal siégeant en tant que conseil local. En effet, en vertu de la Constitution autrichienne, Vienne exerce la double fonction de *Land* et de conseil local (article 108 de la Constitution fédérale).

## EN DROIT

### I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 10 DE LA CONVENTION

26. La requérante allègue la violation de l'article 10 de la Convention, ainsi libellé :

« 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. (...)»

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, (...) à la protection de la réputation ou des droits d'autrui (...)»

27. La requérante conteste la nécessité de l'ingérence dans l'exercice de son droit à la liberté d'expression. Les déclarations incriminées ont été prononcées au cours d'une séance du conseil municipal de Vienne et portaient sur une question politique, à savoir l'octroi de subventions publiques à des associations, en particulier à une association de parents dont les enfants avaient été victimes de sectes. Dans ce contexte, la requérante avait fait observer que les sectes renforçaient leur influence dans le domaine politique, et elle avait cité les associations plaignantes à titre d'exemples en raison de leur coopération avec le Parti populaire autrichien. La requérante n'avait pas été directement en conflit avec le VPM (*Verein zur Förderung der psychologischen Menschenkenntnis* – Association pour une meilleure connaissance de la psychologie de l'être humain) ou l'IPM (*Institut zur Förderung der psychologischen Menschenkenntnis* – Institut pour une meilleure connaissance de la psychologie de l'être humain).

Selon l'intéressée, ses déclarations constituaient plutôt un commentaire critique de la politique menée en matière de drogues par un autre parti et ne sauraient être interprétées comme une attaque contre la réputation des plaignants. En tout état de cause, l'IPM avait à plusieurs reprises fait des déclarations publiques sur la prévention du sida et sur la politique en matière de drogues, et la requérante était donc en droit de formuler des observations sur ce point. Enfin, contrairement aux juridictions nationales, pour qui les déclarations incriminées sont des affirmations de fait dont la véracité reste à établir, la requérante estime que ses propos sont des jugements de valeur. Elle avait néanmoins proposé de présenter des preuves mais les tribunaux autrichiens avaient écarté cette offre. Ce n'était donc pas de sa faute si elle n'avait pas réussi à prouver l'exactitude de ses assertions.

28. Le Gouvernement admet que l'injonction constituait une ingérence dans le droit à la liberté d'expression de la requérante, mais la mesure litigieuse se justifiait, selon lui, sous l'angle du paragraphe 2 de l'article 10, puisqu'elle était «prévues par la loi», à savoir l'article 1330 du code civil, et poursuivait un but légitime, la protection de la réputation ou des droits d'autrui. De surcroît, elle était nécessaire dans une société démocratique pour atteindre ce but. A ce propos, le Gouvernement estime que les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard d'une personnalité politique que d'un simple particulier. Or, en l'espèce, la requérante n'avait pas attaqué de personnalité politique mais porté des accusations graves contre des organismes privés dont la fonction politique – à supposer qu'ils en remplissent une – était purement consultative. En sa qualité de membre du conseil municipal, la requérante avait attaqué les associations dans des circonstances qui les avaient empêchées de se défendre de la même manière, dans le même lieu et devant le même auditoire. De plus, l'ingérence n'était pas disproportionnée, puisque les poursuites judiciaires contestées n'avaient pas été instituées d'office par l'Etat mais par des organisations privées et l'action n'était pas de nature pénale mais civile.

29. Le Gouvernement soutient en outre que les tribunaux autrichiens avaient qualifié à juste titre les propos de la requérante de déclarations de fait. L'intéressée avait donc la possibilité d'en prouver la véracité, ce qu'elle ne fit pas.

30. La Cour note qu'il ne prête pas à controverse entre les comparants que l'injonction constituait une ingérence dans le droit de la requérante à la liberté d'expression, protégé par l'article 10 § 1 de la Convention. Il n'est pas davantage contesté que l'ingérence était prévue par la loi et poursuivait un but légitime, à savoir la protection de la réputation ou des droits d'autrui, au sens de l'article 10 § 2. La Cour souscrit à cette appréciation.

31. En l'occurrence, le différend porte sur la question de savoir si l'ingérence était «nécessaire dans une société démocratique».

32. D'après la jurisprudence constante de la Cour, la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels de toute société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10, elle vaut non seulement pour les « informations » ou « idées » accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture, sans lesquels il n'est pas de « société démocratique ». Telle qu'elle se trouve consacrée par l'article 10 de la Convention, cette liberté est soumise à des exceptions, qu'il convient toutefois d'interpréter strictement, la nécessité de toute restriction devant être établie de manière convaincante.

33. La vérification du caractère « nécessaire dans une société démocratique » de l'ingérence litigieuse impose à la Cour de rechercher si celle-ci correspondait à un « besoin social impérieux », si elle était proportionnée au but légitime poursuivi et si les motifs fournis par les autorités nationales pour la justifier sont pertinents et suffisants (arrêt *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)* du 26 avril 1979, série A n° 30, p. 38, § 62). Pour déterminer s'il existe pareil « besoin » et quelles mesures doivent être adoptées pour y répondre, les autorités nationales jouissent d'une certaine marge d'appréciation. Celle-ci n'est toutefois pas illimitée mais va de pair avec un contrôle européen exercé par la Cour, qui doit dire en dernier ressort si une restriction se concilie avec la liberté d'expression telle que la protège l'article 10 (voir, parmi beaucoup d'autres, *Nilsen et Johnsen c. Norvège* [GC], n° 23118/93, § 43, CEDH 1999-VIII).

34. La Cour n'a point pour tâche, lorsqu'elle exerce ce contrôle, de se substituer aux juridictions nationales, mais de vérifier sous l'angle de l'article 10, à la lumière de l'ensemble de l'affaire, les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation (*ibidem*).

35. Lors de l'examen des circonstances de l'espèce, la Cour prendra en compte les éléments ci-après : la position de la requérante, la position et les activités des associations qui ont engagé la procédure tendant à l'injonction, ainsi que l'objet du débat tenu au conseil municipal de Vienne.

36. En ce qui concerne la position de la requérante, la Cour fait observer que cette dernière siégeait au conseil municipal de Vienne à titre d'élue et jouissait en tant que telle d'une immunité parlementaire relative (paragraphe 25 ci-dessus). Néanmoins, la requérante a prononcé son discours pendant la séance du conseil municipal qui siégeait comme conseil local et non comme parlement du *Land*. Dans ce dernier cas, elle aurait bénéficié de l'immunité parlementaire et il aurait alors été impossible de solliciter une injonction à son encontre. A cet égard, la Cour rappelle que, précieuse pour chacun, la liberté d'expression l'est tout particulièrement pour un élu du peuple ; il représente ses électeurs, signale leurs préoccupations et défend leurs intérêts. Partant, des



ingérences dans la liberté d'expression d'un parlementaire de l'opposition, telle la requérante, commandent à la Cour de se livrer à un contrôle des plus stricts (arrêt *Castells c. Espagne* du 23 avril 1992, série A n° 236, pp. 22-23, § 42).

37. Pour ce qui est de la position de l'IPM et du VPM, les adversaires de la requérante dans la procédure d'injonction, le Gouvernement soutient que ces associations sont des organes privés qu'on ne saurait, aux fins de l'article 10, comparer à des personnalités politiques.

38. La Cour rappelle que les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard d'un homme politique agissant en sa qualité de personnage public que d'un simple particulier. Le premier s'expose inévitablement et consciemment à un contrôle attentif de ses faits et gestes, tant par les journalistes que par la masse des citoyens, et doit montrer une plus grande tolérance, surtout lorsqu'il se livre lui-même à des déclarations publiques pouvant prêter à critique.

Les particuliers et les associations s'exposent néanmoins à un contrôle minutieux lorsqu'ils descendent dans l'arène du débat public. En l'affaire *Nilsen et Johnsen* précitée, § 52, la Cour a estimé que M. Bratholm, expert nommé par le gouvernement et impliqué dans un différend avec MM. Nilsen et Johnsen, ne pouvait, eu égard à son activité, être comparé à un homme politique devant faire preuve d'un plus grand degré de tolérance. La Cour a cependant estimé que la participation de M. Bratholm à un débat public était un facteur pertinent.

39. En l'espèce, la Cour constate que l'IPM et le VPM sont des associations œuvrant dans un domaine qui intéresse le public, à savoir la politique en matière de drogues. Elles ont pris part aux débats publics sur la question et, comme le Gouvernement le concède, ont coopéré avec un parti politique. Puisqu'elles étaient actives dans le domaine public, elles auraient dû faire preuve d'un plus grand degré de tolérance à l'égard des critiques formulées par des opposants au sujet de leurs objectifs et des moyens mis en œuvre dans le débat.

40. Quant aux propos litigieux de la requérante, la Cour relève qu'ils ont été tenus au cours d'un débat politique du conseil municipal de Vienne. Le fait que ce débat ait eu lieu devant le conseil municipal de Vienne siégeant en tant que conseil local et non en tant que parlement du *Land* n'est pas décisif. Que les propos de la requérante aient été ou non couverts par l'immunité parlementaire, la Cour estime qu'ils ont été prononcés dans une instance pour le moins comparable au parlement pour ce qui est de l'intérêt que présente, pour la société, la protection de la liberté d'expression des participants. Dans une démocratie, le parlement ou des organes comparables sont des tribunes indispensables au débat politique. Une ingérence dans la liberté d'expression exercée dans le cadre de ces organes ne saurait donc se justifier que par des motifs impérieux.

41. Le débat au sein du conseil municipal portait sur l'octroi de subventions aux associations, et la requérante formula des commentaires sur l'un des points à l'ordre du jour, à savoir l'octroi de subventions à une association d'aide aux parents dont les enfants avaient été entraînés dans des sectes (*der Selbsthilfegruppen von Sektenopfern*). Les propos de la requérante visaient à mettre en lumière la nécessité d'une telle assistance en décrivant le danger présenté par des groupes qui étaient souvent qualifiés de sectes, terme dont la connotation est assez différente de celle qu'il avait dans les controverses religieuses du passé. Dans ce contexte – où la requérante n'avait pas mentionné les associations IPM et VPM – elle expliqua le terme de secte et précisa que, selon elle, l'un des aspects que ces sectes avaient en commun était leur caractère totalitaire. Son exposé sur ce point était totalement conforme aux définitions générales du totalitarisme. Ce n'est que plus loin dans son discours que la requérante critiqua les liens entre le Parti populaire autrichien, d'une part, et l'IPM et le VPM, d'autre part.

42. En l'espèce, les cours et tribunaux autrichiens qualifièrent les observations de la requérante de déclarations de fait. La requérante était donc dans l'obligation d'établir leur véracité pour éviter une injonction. A cet égard, la Cour rappelle que, dans les affaires *Lingens c. Autriche* (arrêt du 8 juillet 1986, série A n° 103, p. 28, § 46), et *Oberschlick c. Autriche (n° 1)* (arrêt du 23 mai 1991, série A n° 204, pp. 27-28, § 63), elle avait distingué entre déclarations de fait et jugements de valeur. Si la matérialité des premières peut se prouver, les seconds ne se prêtent pas à une démonstration de leur exactitude. Pour les jugements de valeur, l'obligation de preuve est donc impossible à remplir et porte atteinte à la liberté d'opinion elle-même, élément fondamental du droit garanti par l'article 10.

43. Toutefois, la Cour rappelle également que, même lorsqu'une déclaration équivaut à un jugement de valeur, la proportionnalité de l'ingérence dépend de l'existence d'une base factuelle pour la déclaration incriminée puisque même un jugement de valeur totalement dépourvu de base factuelle peut se révéler excessif (arrêts *De Haes et Gijssels c. Belgique* du 24 février 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-I, p. 236, § 47, et *Oberschlick c. Autriche (n° 2)* du 1<sup>er</sup> juillet 1997, *Recueil* 1997-IV, p. 1276, § 33).

44. Contrairement aux cours et tribunaux autrichiens, la Cour estime que les déclarations incriminées dans la présente affaire reflètent des assertions objectives sur des questions d'intérêt public par un élu du conseil municipal et constituent à ce titre des jugements de valeur plutôt que des déclarations de fait (arrêts *Lingens* précité, p. 28, § 46, et *Wabl c. Autriche*, n° 24773/94, § 36, 21 mars 2000, non publié).

45. Reste à savoir si la base factuelle de ces jugements de valeur était suffisante. A cet égard, la Cour note que la requérante avait proposé des preuves écrites, notamment des articles de journaux et de revues portant sur la structure interne et les activités des plaignants, ainsi que la décision

d'une juridiction allemande. De l'avis de la Cour, ces documents pouvaient contribuer à établir un commencement de preuve que le jugement de valeur formulé par la requérante était un commentaire objectif. Outre le document fourni à titre de preuve et admis par le tribunal régional, la requérante a également proposé le témoignage de quatre personnes et suggéré de recueillir l'avis d'un expert. Le tribunal régional a refusé ces moyens de preuve parce que, comme la cour d'appel l'a expliqué, les documents proposés n'avaient trait qu'au mot «secte», et non à la définition de ce terme donnée par la requérante dans son discours, à savoir un organe ayant un caractère totalitaire, manifestant des tendances fascistes et doté de structures hiérarchiques qui ont un impact négatif sur la condition psychologique de ses membres ou sympathisants. Les preuves proposées ont donc été jugées sans pertinence et le tribunal n'a pas examiné la question de savoir si elles étaient effectivement disponibles.

Or la Cour considère que la distinction entre le terme de «secte» et l'expression «psycho-secte ayant un caractère totalitaire» est artificielle et ne tient pas compte de la nature véritable du débat auquel la requérante a participé. Elle s'étonne de l'absence de cohérence des tribunaux nationaux, qui d'une part exigent la preuve d'une déclaration et d'autre part refusent d'examiner les éléments de preuve disponibles.

46. La Cour estime qu'en exigeant de la requérante qu'elle prouve la véracité de ses déclarations tout en lui déniait une possibilité effective de produire des éléments à l'appui de celles-ci et donc de démontrer qu'il s'agissait de commentaires objectifs, les juridictions autrichiennes ont excédé la marge d'appréciation dont elles disposaient. L'injonction adressée à la requérante s'analyse donc en une ingérence disproportionnée dans la liberté d'expression de l'intéressée.

47. Partant, il y a eu violation de l'article 10 de la Convention.

## II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 6 DE LA CONVENTION

48. L'article 6 § 1, en sa partie pertinente, est ainsi libellé :

«Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement (...) par un tribunal (...) 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 (...)»

49. La requérante allègue également, sur le terrain de l'article 6 de la Convention, que les tribunaux autrichiens ont refusé d'accepter les preuves proposées, en particulier d'entendre des témoins sur la question de savoir si les associations étaient ou non des sectes.

50. Le Gouvernement conteste ce fait, et affirme que c'est à bon droit que les juridictions autrichiennes ont débouté la requérante de sa demande.

51. Eu égard aux considérations qui précèdent au titre de l'article 10 de la Convention, la Cour estime qu'il n'y a pas lieu d'examiner le grief que la requérante tire de l'article 6.

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

52. 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

53. La requérante demande 200 000 schillings (ATS) au titre du préjudice moral. Le Gouvernement ne formule aucune observation.

54. La Cour n'exclut pas que l'intéressée ait subi, du fait de la violation de l'article 10, un certain dommage moral en raison des sentiments d'anxiété et d'incertitude que lui a causés l'injonction. Elle estime toutefois qu'en l'occurrence les constats de manquement figurant dans le présent arrêt constituent en soi une satisfaction équitable suffisante (arrêts *Oberschlick (n° 1)* précité, p. 29, § 69, et *News Verlags GmbH & CoKG c. Autriche*, n° 31457/96, § 66, CEDH 2000-I).

#### B. Frais et dépens

55. La requérante réclame 101 531,40 ATS pour ses frais et dépens devant les juridictions internes et 178 906,20 ATS pour la procédure devant les organes de la Convention. Elle sollicite en outre 11 594,70 ATS pour les frais de voyage de ses avocats ayant participé à l'audience devant la Cour.

56. Le Gouvernement ne formule pas d'observations sur ces prétentions.

57. La Cour rappelle que, conformément à sa jurisprudence, elle doit rechercher si les frais et dépens ont été réellement et nécessairement encourus afin de prévenir ou redresser le fait jugé constitutif d'une violation de la Convention, et s'ils étaient raisonnables quant à leur taux (voir, par exemple, *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège* [GC], n° 21980/93, § 80, CEDH 1999-III). La Cour estime que les conditions sont réunies concernant les frais et dépens devant les juridictions nationales et, en conséquence, alloue 101 531,40 ATS.

Quant aux frais et dépens devant les organes de la Convention, la Cour en juge le montant excessif. Elle note que la requérante réclame déjà

113 837,10 ATS pour les seuls frais et dépens liés à l'audience. Compte tenu des sommes allouées dans des affaires comparables (par exemple, *Labita c. Italie* [GC], n° 26772/95, § 210, CEDH 2000-IV) et statuant en équité, la Cour octroie à la requérante 110 000 ATS pour les frais et dépens afférents à la procédure devant les organes de la Convention.

### C. Intérêts moratoires

58. Selon les informations dont la Cour dispose, le taux d'intérêt légal applicable en Autriche à la date d'adoption du présent arrêt est de 4 % l'an.

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

1. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 10 de la Convention;
2. *Dit* qu'il n'y a pas lieu d'examiner séparément s'il y a eu violation de l'article 6 de la Convention;
3. *Dit* que le constat d'une violation constitue en soi une satisfaction équitable suffisante pour le dommage moral éventuellement subi par la requérante;
4. *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, les sommes suivantes:
    - i. 101 531,40 ATS (cent un mille cinq cent trente et un schillings quarante groschen) pour les frais et dépens de la procédure interne, et
    - ii. 110 000 ATS (cent dix mille schillings) pour les frais et dépens de la procédure devant les organes de la Convention;
  - b) que ces montants seront à majorer d'un intérêt simple de 4 % l'an à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement;
5. *Rejette* la demande de satisfaction équitable de la requérante pour le surplus.

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 27 février 2001, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

S. DOLLÉ  
Greffière

J.-P. COSTA  
Président



ECER AND ZEYREK v. TURKEY  
*(Applications nos. 29295/95 and 29363/95)*

FIRST SECTION

JUDGMENT OF 27 FEBRUARY 2001<sup>1</sup>

---

1. English original.





SUMMARY<sup>1</sup>**Imposition of heavier penalty on accused on the basis of a law promulgated after commission of the offence****Article 7 § 1**

*Nulla poena sine lege – Heavier penalty – Imposition of heavier penalty on accused on the basis of a law promulgated after commission of the offence – Retroactivity – Continuing offence – Principle of legal certainty – Precision of indictment*

\*  
\*   \*  
\*

In September 1993 the applicants were arrested on suspicion of assisting the PKK (Workers' Party of Kurdistan) terrorist organisation and placed in custody. During interrogation, they confessed that they had been involved with the PKK since 1988. A witness, who had been arrested on charges of aiding and sheltering members of the PKK between 1990 and 1992, stated that the applicants had supplied food and clothes to members of the PKK. However, when questioned by the public prosecutor and when subsequently brought before the Magistrates' Court the applicants denied any involvement with the PKK. Their detention on remand was ordered and the investigation file was transferred to the Principal Public Prosecutor's Office at the Diyarbakır National Security Court. In October 1993 the Principal Public Prosecutor filed an indictment with the National Security Court, accusing the applicants of having assisted and given shelter to members of the PKK between 1988 and 1989. The prosecutor relied on their confessions, on the evidence of the witness and on documents in the investigation file. He requested that they be punished in accordance with Article 169 of the Criminal Code and section 5 of the Prevention of Terrorism Act 1991. The National Security Court convicted the applicants of having assisted the PKK in 1988 and 1989 and sentenced them to three years and nine months' imprisonment. In assessing the length of the imprisonment, the court found that a sentence of three years' imprisonment would be appropriate under Article 169 of the Criminal Code, then increased it by half in accordance with section 5 of the 1991 Act and finally reduced it by one-sixth in application of Article 59 of the Criminal Code. The Court of Cassation rejected the applicants' appeal.

*Held*

Article 7 § 1: Only the law can define a crime and prescribe a penalty and this provision prohibits retrospective application of the criminal law where it is to the detriment of the accused. In the present case, the question was whether the 1991 Act had been applied to offences committed before it came into force, so that it

---

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

constituted an *ex post facto* criminal penalty in breach of Article 7 § 1. As to the Government's argument that the offence with which the applicants were charged was a continuing offence, the principle of legal certainty requires that when an accused is charged with a continuing offence the acts which constitute that offence and which entail criminal liability be clearly set out in the bill of indictment; the decision rendered by the domestic court must also make it clear that the accused's conviction and sentence result from a finding that the ingredients of a continuing offence have been made out by the prosecution. In the present case, the Principal Public Prosecutor charged the applicants with offences committed between 1988 and 1989, and the National Security Court indicated in its judgment that they had been convicted on account of acts committed in 1988 and 1989. It did not state that they had been found guilty of any offences committed after 1989, so that it appeared that the applicants were tried for offences allegedly committed in or between 1988 and 1989. Accordingly, 1988 and 1989 could not be taken as the commencement dates of the offences. Moreover, the introduction of evidence relating to their alleged involvement with the PKK after 1989 was inconsistent with the very terms of the indictment. It could reasonably be considered that the applicants prepared their defence in response to the charges defined in the bill of indictment and against the background of the sanction which they risked incurring if found guilty as charged. Furthermore, it did not appear from the judgment of the National Security Court that any offences which they may have committed after 1989 constituted the basis of their conviction. In conclusion, the applicants were subject to the imposition of a heavier sentence under the 1991 Act than the sentence to which they were exposed at the time of the commission of the offence.

*Conclusion:* violation (unanimously).

Article 41: The Court made awards to each of the applicants in respect of non-pecuniary damage and made a joint award in respect of costs and expenses.

#### **Case-law cited by the Court**

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

*S.W. v. the United Kingdom*, judgment of 22 November 1995, Series A no. 335-B

*C.R. v. the United Kingdom*, judgment of 22 November 1995, Series A no. 335-C

*Pélissier and Sassi v. France* [GC], no. 25444/94, ECHR 1999-II

**In the case of Ecer and Zeyrek v. Turkey,**

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

Mrs E. PALM, *President*,

Mrs W. THOMASSEN,

Mr GAUKUR JÖRUNDSSON,

Mr C. BİRSAN,

Mr J. CASADEVALL,

Mr R. MARUSTE, *judges*,

Mr F. GÖLCÜKLÜ, *ad hoc judge*,

and Mr M. O'BOYLE, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 15 February 2000 and on 6 February 2001,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in two applications (nos. 29295/95 and 29363/95) against the Republic of Turkey 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 two Turkish nationals, Mr Abdülaziz Ecer and Mr Mehmet Zeyrek ("the applicants"), on 18 July 1995.

2. The applicants, who had been granted legal aid, were represented by Mr S. Tanrıku, a lawyer practising in Diyarbakır (Turkey). The Turkish Government ("the Government") did not designate an Agent for the purposes of the proceedings before the Court.

3. The applicants alleged, in particular, that the application of Law no. 3713 of 12 April 1991 to acts committed by them in 1988 and 1989 amounted to a retrospective punishment in breach of Article 7 of the Convention.

4. The applications were transmitted to the Court on 1 November 1998, when Protocol No. 11 to the Convention came into force (Article 5 § 2 of Protocol No. 11).

5. The applications were allocated to the First Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). Within that Section, the Chamber that would consider the case (Article 27 § 1 of the Convention) was constituted as provided in Rule 26 § 1. Mr R. Türmen, the judge elected in respect of Turkey, withdrew from sitting in the case (Rule 28). The Government accordingly appointed Mr F. Gölcüklü to sit as an *ad hoc* judge (Article 27 § 2 of the Convention and Rule 29 § 1).

6. By a decision of 15 February 2000, the Chamber declared the applications admissible<sup>1</sup>. The President of the Chamber decided that in the interests of the proper administration of justice the present applications should be joined to each other.

7. The applicants and the Government each filed observations on the merits (Rule 59 § 1). The Chamber decided, after consulting the parties, that no hearing on the merits was required (Rule 59 § 2 *in fine*).

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

#### A. Arrest and detention of the applicants

8. On 2 September 1993 security forces from the Şırnak central gendarmerie command apprehended the applicants. An arrest protocol of the same day stated that the applicants had been arrested on the grounds that they were wanted for the offences of aiding and sheltering members of the PKK (Workers' Party of Kurdistan) terrorist organisation and acting as couriers in the organisation as well as supplying logistic support to the organisation. The applicants were then placed in custody.

9. On 22 September 1993 two officers interrogated the applicants at the Şırnak central gendarmerie command. During their interrogation the applicants both confessed that they had been involved in the PKK since 1988 and that they had supplied food and money to PKK militants. The applicant Abdülaziz Ecer stated that he had placed his son, Mustafa Ecer, at the disposal of the PKK rather than paying them a levy. The applicant Mehmet Zeyrek told the officers that he had been carrying provisions on mules to PKK militants and that he had last carried a battery for them in August 1993.

10. The applicants were then confronted with a witness, İkrâm Yamaner, who had been arrested on charges of aiding and sheltering members of the PKK between April 1990 and July 1992. İkrâm Yamaner identified the applicants and stated that they had been supplying food and clothes to members of the PKK when he was in the organisation.

11. On 23 September 1993 the Şırnak public prosecutor questioned the applicants in relation to their activities in the PKK. He first informed the applicants of the nature and cause of the accusations against them and then read out the statements they had made to the officers during their detention in custody. The applicants denied the accuracy of the statements read out by the public prosecutor. They alleged that they had

---

1. *Note by the Registry.* The Court's decision is obtainable from the Registry.

no connection with the PKK and that they had never supplied provisions to members of the organisation. Abdülaziz Ecer asserted that his son, Mustafa Ecer, had been abducted by the PKK and had been forced to join the organisation, contrary to what was written down by the gendarme officers during his questioning at the Şırnak gendarmerie command.

On the same day, 23 September 1993, the applicants were brought before the Şırnak Magistrates' Court (*sulh ceza mahkemesi*). Before the court the applicants denied their involvement in the PKK and claimed that they were innocent of the charges. The court ordered the applicants' detention on remand.

12. On 24 September 1993 the Şırnak public prosecutor issued a decision of non-jurisdiction and sent the investigation file to the Principal Public Prosecutor's Office at the Diyarbakır National Security Court.

### **B. Trial in the Diyarbakır National Security Court**

13. On 19 October 1993 the Principal Public Prosecutor filed an indictment with the Diyarbakır National Security Court accusing the applicants of having assisted and given shelter to members of the PKK between 1988 and 1989. The public prosecutor alleged that the applicants had supplied food to members of the armed gang in a rural area. He further asserted that the applicant Abdülaziz Ecer had stored food in his shop for members of the gang and that he had helped and sheltered them by means of his contacts with his son, currently an active militant in the gang. The public prosecutor relied on the applicants' confessions at the Şırnak central gendarmerie command and the evidence given by the witness İkrâm Yamaner, as well as the documents contained in the investigation file.

The public prosecutor requested that the applicants be punished in accordance with Article 169 of the Turkish Criminal Code and section 5 of the Prevention of Terrorism Act (Law no. 3713 of 12 April 1991, "the 1991 Act"; see paragraph 19 below).

14. In the proceedings before the Diyarbakır National Security Court the applicants denied the statements they had made during their detention in custody. They both alleged that the gendarme officers had prepared those statements and that they had signed without reading them.

The applicants further maintained that they did not know of İkrâm Yamaner, with whom they had allegedly been confronted, since they had been kept blindfolded during their questioning while in custody. They asked the court to rule that they were innocent of the charges.

15. On 12 May 1994 the Diyarbakır National Security Court convicted the applicants on account of their assistance to the PKK in 1988 and 1989,

sentenced them to three years and nine months' imprisonment and debarred them from public service for three years. In assessing the penalty to be imposed, the court first found that a sentence of three years' imprisonment would be appropriate under Article 169 of the Turkish Criminal Code; it then applied section 5 of the 1991 Act, according to which this sentence had to be increased by half, that is, to four years and six months' imprisonment; finally the court applied Article 59 of the Turkish Criminal Code, thereby reducing the sentence by one-sixth and thus decreasing the overall length to three years and nine months' imprisonment. The court held, in particular:

"Offence: Aiding and sheltering members of the illegal PKK organisation

Date of the offence: 1988 and 1989

...

Assessment of the evidence:

1. The defendant Mehmet Zeyrek

In his statements to the gendarmes, he said that he had been influenced by the propaganda spread by members of the PKK during their frequent visits to [his] village in 1989. Having seen that the organisation worked for them he had begun aiding [the PKK]. He had given his relative Behiye Zeyrek to the organisation rather than paying them a levy. He knew some of the members of the organisation with the code names Hamit, Mahmut, Sorej, Rojger and Ahmet. He met them in the Besta region, at the Kaniye Rengin point, at the Zirvi stream and on the outskirts of the Elma mountain. He knew a few of the warriors. [He stated further] that, on the instructions of the organisation and the instructions he had received from leaders of the groups during his meetings, he had carried provisions to them on his mules. Nobody had helped him to join the organisation. Members of the organisation had spread propaganda [in favour of the PKK] in the past, but they did not do it later as everybody knew the organisation. He also stated that some time before he had carried a battery and some provisions to a militant with the code name Hamza at the coalmine across from the Milli [gendarmerie] station.

In his statements to the public prosecutor, he denied the [accuracy of] his statements to the gendarmes; he claimed that he did not know a person with the code name Ahmet, that the latter had not told the truth about him but had slandered him. He [maintained] that he had not carried provisions to [members of] the organisation. He denied that he had placed Behiye Zeyrek at the disposal of the PKK rather than paying them a levy. He alleged that he did not know of her whereabouts.

In his statements to the Şırnak Magistrates' Court, he submitted that he had never supplied aid to the PKK terrorist organisation, that he had never carried provisions to [PKK militants], that he had never met members of the [PKK]. [He claimed] that he is innocent of the charges.

In his statements to our court, the defendant denied the charges of aiding and sheltering [members of] the PKK. He alleged that he did not know of İkrâm Yamaner who was mentioned in the bill of indictment. He claimed that he is innocent of the charges.

According to the identification and confrontation protocol contained in dossier no. 9, when the defendant Mehmet Zeyrek was shown to İkrâm Yamaner with the code name Ahmet, the latter stated that he knew of Mehmet Zeyrek. He submitted that [Mehmet Zeyrek] used to come to see members of the organisation with the code names Erdal, Mehmet, Hamit and Serxabun and that he had often brought provisions on ten to fifteen mules to the Besta region, the Elma mountain, the Zirvi stream and to the Keniya Rengin point. [The witness] further stated that he had shown [to security forces] the places where these provisions were stored. He claimed that the defendant [Mehmet Zeyrek] was an important militant in the organisation.

When İkrâm Yamaner gave evidence as a witness before our court, he stated that the defendant had met senior members of the organisation, that he was a permanent member of the organisation and that he had frequently been in contact with [a militant] with the code name Erdal. [He further stated] that the defendant had supplied provisions such as food, drinks and weapons to the organisation.

It was established that the defendant had supplied provisions to members of the armed organisation who used to come to his village and that he had further supplied them provisions in rural areas. These acts of the defendant constitute the offence of knowingly aiding and sheltering members of an armed gang, [namely] the illegal PKK terrorist organisation. The court therefore concludes that there exist the *actus reus* and *mens rea* elements of the offence. His defence in this respect was rejected.

The defendant's good conduct during the hearing was considered to be a mitigating circumstance.

## 2. The defendant Abdülaziz Ecer

In his statements to the gendarmes he said that he had joined the PKK in early 1988 following the advice given by those in charge of the Besta region with the code names Amid and Mahmut during their visit to his village. He first placed his son Mustafa Ecer at the disposal of the organisation in order to help it. His son is currently an active armed militant in the organisation. He worked as a shopkeeper in the Geçitboyu village of the province of Şırnak and later on he stopped working. Apart from his son with the code name Amid, he knew [militants] with the code names Mahmut, Sorej and Ahmet as well as Aydın and Kalender. Since he worked as a shopkeeper, he allowed members of the organisation to take as many provisions as they wanted. Sometimes he was given money by members of the organisation with which he bought provisions such as flour, sugar and butter. He kept these provisions in his shop until he delivered them [to the militants]. He supplied aid to the organisation on the instructions of an armed militant in the organisation from his village with the code name Cafer Demir. He gave packs of cigarettes to a member of the organisation with the code name Ahmet. [The defendant] further stated that he had been given money by a member of the organisation with the code name Mahmut who wanted him to buy 1000 bags of flour. He delivered [to the organisation] thirty mule-loads of provisions such as flour, butter, sugar, lentils, socks and *peşmerge* clothing.

In his statements to the public prosecutor, he claimed that he had not helped members of the organisation and that he had not supplied any materials to the organisation. He alleged that he did not know of İkrâm Yamaner who had the code name Ahmet. He denied the latter's allegations and submitted that he had no links with the organisation.

In his statements to the Şırnak Magistrates' Court, [the defendant] alleged that he had not given aid to the PKK terrorist organisation, that he had not bought provisions for members of the organisation and that he had not bought flour for them either. He denied the charges against him.

In his oral evidence before our court, [the defendant] denied the charges brought against him. He submitted that Mustafa Ecer, who was mentioned in the bill of indictment, was his son. He had not seen him for five years. He heard [through some people] that his son had died. He claimed that he had not given aid to members of the PKK by means of sheltering them or supplying them with provisions.

According to the identification and confrontation protocol contained in dossier no. 9, when the defendant Abdülaziz Ecer was shown to İkrâm Yamaner with the code name Ahmet, the latter stated that he knew of Abdülaziz Ecer and that he had visited him at his home [while] he was working as a shopkeeper in the village. The team commander with the code name Mahmut gave some money to Abdülaziz Ecer and asked him to buy 1000 bags of flour. The defendant used a room at the back of his house and opposite his shop as a depot. The defendant supplied provisions to the organisation and brought 600 pairs of shoes with the brand name of Mekap. The defendant's son with the code name Erdal is an active militant in the organisation whose real name he did not know. İkrâm Yamaner further stated that he had been a team commander and that the defendant had brought them twenty bags of sugar, flour, butter and lentils and thirty mule-loads of provisions.

İkrâm Yamaner, in his capacity as a witness before our court, stated that the defendant had supplied provisions such as food, drink and arms to the organisation. He further stated that the defendant was an active militant in the organisation and that he had frequently seen the defendant while he was in the organisation.

It was established that the defendant had supplied provisions to members of the armed organisation who used to come to his village, the village of Geçitkaya, and that he had further supplied them provisions in rural areas. Further, the defendant stored provisions in his shop for members of the gang. He met members of the gang with the help of his son, Mustafa Ecer, who is currently in the organisation and supplied them with the materials they needed. By these acts, the defendant is guilty of the offence of knowingly aiding and sheltering members of an armed gang, [namely] the illegal PKK terrorist organisation. The court therefore concludes that there exist the *actus reus* and *mens rea* elements of the offence. His defence in this respect was rejected.

The defendant's good conduct during the hearing was considered to be a mitigating circumstance."

### C. Proceedings on appeal

16. On 11 July 1994 the applicants lodged an appeal with the Court of Cassation, challenging the judgment of the Diyarbakır National Security Court. In particular, they alleged that the National Security Court had violated the principle of non-retrospective application of the criminal law since it had applied section 5 of the 1991 Act to increase the basic penalty under Article 169 of the Turkish Criminal Code by half. The applicants submitted that they had been convicted of acts committed in 1988 and



1989 as indicated in the bill of indictment. They maintained that the witness, İkrâm Yamaner, who testified against them and who had been apprehended in 1991, had said that 1988 and 1989 were the dates of the offences. The applicants finally argued that the court should not have admitted the statements made to the gendarmes as evidence since they had retracted them, asserting that they had been extracted under duress.

17. On 21 February 1995 the Court of Cassation rejected the appeal. It upheld the cogency of the National Security Court's reasoning and its assessment of the evidence. The Court of Cassation did not deal specifically with the applicants' complaint relating to the retroactive application of the 1991 Act to their case.

18. On 22 May 1995 the applicants applied to the Principal Public Prosecutor's Office at the Court of Cassation requesting the rectification of the decision of 21 February 1995. On 19 June 1995 their request was dismissed by the Principal Public Prosecutor on the grounds that the Court of Cassation had examined all the points raised by the applicants and there was no other reason requiring the rectification of the decision.

## II. RELEVANT DOMESTIC LAW

19. Article 169 of the Turkish Criminal Code provides:

"Any person who, knowing that such an armed gang or organisation is illegal, assists it, harbours its members, provides it with food, weapons and ammunition or clothes or facilitates its operations in any manner whatsoever shall be sentenced to not less than three and not more than five years' imprisonment ..."

According to the Government, the act of assisting and giving shelter to members of an illegal organisation has the character of continuity and the offence is a continuing one.

20. Under section 4 of the 1991 Act, the offence defined in Article 169 of the Criminal Code is classified in the category of "acts committed to further the purposes of terrorism".

Pursuant to section 5 of the 1991 Act, the penalty laid down in the Criminal Code as punishment for the offence defined in section 4 of the Act is increased by one half.

21. Article 150 of the Turkish Code of Criminal Procedure provides:

"The punishment resulting from an investigation and conviction is determined by the crimes set forth in the indictment and can concern only those persons named in the indictment."

## THE LAW

### I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 7 OF THE CONVENTION

22. The applicants complained that the application of section 5 of the Prevention of Terrorism Act (Law no. 3713 of 12 April 1991 – “the 1991 Act”) to acts committed by them in 1988 and 1989 constituted retrospective punishment in breach of Article 7 of the Convention, which reads:

“1. No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed.

2. This Article shall not prejudice the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of law recognised by civilised nations.”

#### A. Arguments before the Court

##### 1. *The Government*

23. The Government pointed out that the applicants were charged with assisting and giving shelter to an illegal organisation, an offence which was defined in Article 169 of the Turkish Criminal Code and was of a continuing nature. They maintained that during their interrogation at the Şırnak central gendarmerie command the applicants both admitted that they had been helping militants of the PKK since 1988 and 1989.

24. In this respect, the Government highlighted the statements given by the applicant Mehmet Zeyrek who confessed that he had given a battery to a PKK militant in August 1993. They also referred to the evidence given by İkrâm Yamaner, a former PKK militant, who had testified before the Şırnak Magistrates’ Court and the Diyarbakır National Security Court as well as during his confrontation with the applicants at the Şırnak central gendarmerie command that the applicants had been involved in the PKK while he was a member of the latter organisation between April 1990 and July 1992.

25. The Government asserted therefore that the years 1988 and 1989 set out in the Principal Public Prosecutor’s indictment should be considered the dates of commencement of the incriminated acts. In their view, the courts had applied section 5 of the 1991 Act to acts which began in 1988 and 1989 and continued until 1993. On that account, the Government asked the Court to reject the applicants’ allegation concerning the retrospective application of the 1991 Act and to hold that there has been no violation of Article 7 of the Convention.

## 2. *The applicants*

26. The applicants contested the Government's assertion that the years 1988 and 1989 should be taken to be the dates of commencement of the offences. They alleged that the Principal Public Prosecutor at the Diyarbakır National Security Court had charged them only with acts committed between 1988 and 1989 since he could not find any evidence indicating their involvement in the organisation between 1989 and the date of their arrest on 2 September 1993. Had the Principal Public Prosecutor charged them with acts committed between 1988 and 1993 he would have indicated this in the bill of indictment and would not have written therein "between 1988 and 1989" as the dates of the offences. In support of their allegations, the applicants submitted four bills of indictment issued by the Principal Public Prosecutor at the Diyarbakır National Security Court, all of which clearly indicated the dates of the offences. The applicants cited by way of example the indictments filed against Nihat Eren (indictment no. 1996/1198), Abit Usluğ and Others (indictment no. 1996/587), Abdullah Kaya and Others (indictment no. 1998/95) and Mehmet Nuri Günana and Mahmut Can (indictment no. 1996/1199) who, like the applicants, were charged with terrorist-type offences.

27. The applicants pointed out that the National Security Court had clearly indicated in its judgment that they had been convicted of offences committed during 1988 and 1989. In this respect, the applicants referred to Article 150 of the Turkish Code of Criminal Procedure which provides that the jurisdiction of the courts is limited by the crimes set forth in the indictment. They contended that the Government cannot extend the indictment so as to cover the period between 1989 and 1993 since they were not engaged in any criminal activity during that period.

The applicants further argued that the Government cannot rely on the statements they had made during their detention in custody with a view to extending the period of their activities as they had retracted those statements in the course of the proceedings before the National Security Court.

28. In sum, the applicants requested the Court to hold that imposition of a prison sentence in application of the 1991 Act to their acts committed in 1988 and 1989 contravened Article 7 of the Convention.

## **B. The Court's assessment**

### *1. General principles*

29. The Court recalls that the guarantee enshrined in Article 7, which is an essential element of the rule of law, occupies a prominent place in the

Convention system of protection, as is underlined by the fact that no derogation from it is permissible under Article 15 in time of war or other public emergency. It should be construed and applied, as follows from its object and purpose, in such a way as to provide effective safeguards against arbitrary prosecution, conviction and punishment (see *S.W. and C.R. v. the United Kingdom*, judgments of 22 November 1995, Series A nos. 335-B and 335-C, pp. 41-42, § 35, and pp. 68-69, § 33, respectively).

30. According to the Court's case-law, Article 7 of the Convention generally embodies the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) and prohibits in particular the retrospective application of the criminal law where it is to an accused's detriment (see *Kokkinakis v. Greece*, judgment of 25 May 1993, Series A no. 260-A, p. 22, § 52).

## 2. Application of the foregoing principles

31. The Court considers that the principle of *nulla poena sine lege* is the only relevant consideration in this case since the applicants maintain that a heavier penalty was imposed on them than the one that was applicable at the time the offence was committed.

32. The Court observes that in the instant case the conviction of the applicants and the imposition of a prison sentence on them on account of the commission of the offences defined in Article 169 of the Turkish Criminal Code are not in dispute. The only question to be determined is whether the 1991 Act was applied to offences committed before the Act came into force so that it constituted an *ex post facto* criminal penalty in breach of Article 7 § 1 of the Convention.

33. The Court notes that the Government maintain that the offence with which the applicants were charged is to be considered a continuing offence under Article 169 of the Turkish Criminal Code (see paragraph 19 above). On that understanding, the Court observes that, by definition, a "continuing offence" is a type of crime committed over a period of time. In its view, when an accused is charged with a continuing offence, the principle of legal certainty requires that the acts which go to make up that offence, and which entail his criminal liability, be clearly set out in the bill of indictment (see, *mutatis mutandis, Pélissier and Sassi v. France* [GC], no. 25444/94, § 51, ECHR 1999-II). Furthermore, the decision rendered by the domestic court must also make it clear that the accused's conviction and sentence result from a finding that the ingredients of a continuing offence have been made out by the prosecution.

34. In this connection, the Court observes that the Principal Public Prosecutor, in his indictment filed with the National Security Court, charged the applicants with offences committed "between 1988 and 1989". Furthermore, in its judgment of 12 May 1994 the National Security

Court indicated that the applicants had been convicted on account of acts committed “in 1988 and 1989”. Nowhere in its reasoned judgment did the National Security Court state that it had found the applicants guilty of any offences committed subsequent to 1989. For the European Court, it would appear to emerge from these considerations that the applicants stood trial in respect of offences allegedly committed by them in or between 1988 and 1989. Accordingly, and contrary to what was suggested by the Government, the Court considers that the years 1988 and 1989 cannot be taken to be the commencement dates of the offences at issue.

35. The Court further notes that, in seeking to substantiate the applicants’ involvement in the PKK up until August 1993, the Government relied on their confession statements made in custody at the Şırnak central gendarmerie command. Furthermore, with reference to the evidence given by a former PKK militant, the Government emphasised that the applicants had continued their activities even after 1989.

However, in the Court’s opinion, the introduction of such evidence of a continuing offence is inconsistent with the very terms of the indictment, which related to the years 1988 and 1989 only. It can reasonably be considered that the applicants prepared their defence in response to the charges defined in the bill of indictment and against the background of the sanction which they risked incurring if found guilty as charged. Furthermore, it does not appear from the National Security Court’s judgment that any offences which they may have committed after 1989 constituted the basis of their conviction. Indeed, the focus of the trial court’s decision would appear to have been on their activities carried out between 1988 and 1989. The Court must also take into account that, as regards other accused charged with continuing offences under the 1991 Act, the bills of indictment were carefully framed in order to indicate the dates of the incriminated acts (see paragraph 26 above).

36. In these circumstances, the Court concludes that the applicants were subjected to the imposition of a heavier sentence under the 1991 Act than the sentence to which they were exposed at the time of the commission of the offence of which they were convicted.

37. Accordingly, there has been a violation of Article 7 § 1 of the Convention.

## II. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

38. 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

39. The applicants did not submit a claim in respect of pecuniary damage. However, they each claimed 25,000 United States dollars (USD) by way of compensation for non-pecuniary damage. They alleged that they had served a further three months' prison sentence as a result of the violation of their rights under Article 7 § 1. In that connection, they argued that this had substantially affected their private and social life, both financially and in other ways.

40. For the Government, the finding of a violation would constitute adequate just satisfaction for the purposes of Article 41 of the Convention, the allegations being unsubstantiated and the amount claimed being excessive. In this respect, they cautioned against the making of an award which would only constitute a source of unjust enrichment for the applicants.

41. The Court considers that both applicants must have suffered distress which cannot be compensated solely by the Court's finding of a violation. The Court, having regard to the nature of the violation found in the present case and deciding on an equitable basis, awards each of the applicants USD 7,500 under the head of non-pecuniary damage.

### B. Costs and expenses

42. The applicants' representative sought the reimbursement of 258,000,000 Turkish liras for his costs and expenses (photocopies, translations, telephone, fax and postage fees). He further claimed the sum of USD 6,500 in respect of sixty-five hours of work undertaken in the course of the domestic and Convention proceedings.

43. The Government stated that the amount claimed was exaggerated in comparison with fees earned by Turkish lawyers in the domestic courts and had not been properly justified. While criticising the claim made in respect of the work carried out by the applicants' representative in the domestic proceedings, the Government argued that claims should only be made for the proceedings before the Convention organs. They further submitted that the applicants had failed to substantiate properly the legal costs and expenses claimed.

44. The Court considers that the applicants failed to a large extent to substantiate their claims. Deciding on an equitable basis and having regard to the criteria laid down in its case-law (see, among many other authorities, *Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom*, judgment of 13 July 1995, Series A no. 316, p. 83, § 77), the Court awards the applicants jointly the sum of USD 3,000 minus the sum of 630 euros received by way of legal aid from the Council of Europe.

### C. Default interest

45. The Court considers it appropriate to provide for payment of default interest at the annual rate of 6% since the sums have been awarded in United States dollars.

### FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

1. *Holds* that there has been a violation of Article 7 § 1 of the Convention;
2. *Holds*
  - (a) that the respondent State is to pay, within three months from the date on which the judgment becomes final according to Article 44 § 2 of the Convention, the following amounts, to be converted into Turkish liras at the rate applicable on the date of settlement:
    - (i) to each applicant USD 7,500 (seven thousand five hundred United States dollars) as compensation for non-pecuniary damage;
    - (ii) to both applicants jointly USD 3,000 (three thousand United States dollars) for legal fees minus the sum of EUR 630 (six hundred and thirty euros) received by way of legal aid from the Council of Europe to be converted into United States dollars at the rate applicable at the date of judgment;
  - (b) that simple interest at an annual rate of 6% 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 notified in writing on 27 February 2001, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Michael O'BOYLE  
Registrar

Elisabeth PALM  
President





ECER ET ZEYREK c. TURQUIE  
(Requêtes n<sup>os</sup> 29295/95 et 29363/95)

PREMIÈRE SECTION

ARRÊT DU 27 FÉVRIER 2001<sup>1</sup>

---

1. Traduction ; original anglais.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Accusés condamnés à une peine plus forte en vertu d'une loi adoptée après la perpétration de l'infraction****Article 7 § 1**

*Nulla poena sine lege (pas de peine sans loi) – Peine plus forte – Accusés condamnés à une peine plus forte en vertu d'une loi adoptée après la perpétration de l'infraction – Rétroactivité – Infraction continue – Principe de la sécurité juridique – Précision de l'acte d'accusation*

\*  
\*   \*

En septembre 1993, les requérants, qui étaient soupçonnés d'avoir aidé l'organisation terroriste PKK (Parti des travailleurs du Kurdistan), furent arrêtés et placés en garde à vue. Au cours de leur interrogatoire, ils avouèrent avoir des liens avec le PKK depuis 1988. Un témoin, qui avait été arrêté pour avoir aidé et abrité des membres du PKK entre 1990 et 1992, affirma que les intéressés avaient fourni des vivres et des vêtements à des membres du PKK. Toutefois, lors de leur interrogatoire par le procureur et, par la suite, devant le tribunal de première instance, les requérants démentirent toute participation aux activités du PKK. Le tribunal ordonna leur détention provisoire et le dossier d'enquête fut transmis au parquet général près la cour de sûreté de l'Etat de Diyarbakir. Par un acte déposé en octobre 1993 à la cour de sûreté de l'Etat par le procureur général, les intéressés furent accusés d'avoir aidé et abrité des membres du PKK entre 1988 et 1989. Le procureur général s'appuya sur les aveux des intéressés, sur la déposition du témoin et sur les pièces du dossier d'enquête. Il réclama une peine conformément à l'article 169 du code pénal et à l'article 5 de la loi de 1991 relative à la lutte contre le terrorisme. La cour de sûreté de l'Etat condamna les requérants pour avoir fourni une aide au PKK en 1988 et 1989 à une peine de trois ans et neuf mois d'emprisonnement. Lorsqu'elle apprécia la peine à infliger, ladite juridiction estima d'abord qu'une peine de trois ans serait adéquate en vertu de l'article 169 du code pénal, elle appliqua ensuite l'article 5 de la loi de 1991 aux termes duquel cette peine devait être augmentée de moitié et, enfin, s'appuya sur l'article 59 du code pénal pour la réduire d'un sixième. La Cour de cassation débouta les requérants.

Article 7 § 1 : cette disposition consacre le principe de la légalité des délits et des peines et prohibe l'application rétroactive du droit pénal lorsqu'elle s'opère au détriment de l'accusé. En l'espèce, la question est de savoir si la loi de 1991 a été appliquée à des infractions antérieures à son entrée en vigueur, de sorte que les

---

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

intéressés se sont vu infliger une peine rétroactive, en violation de l'article 7 § 1. Quant à l'argument du Gouvernement selon lequel l'infraction dont les requérants étaient accusés doit être considérée comme une infraction continue, la Cour observe que, lorsqu'une personne est accusée d'une telle infraction, le principe de la sécurité juridique commande que les actes constitutifs de cette infraction, qui mettent en jeu la responsabilité pénale de l'intéressé, soient clairement énoncés dans l'acte d'accusation. En outre, la décision rendue par la juridiction interne doit elle aussi bien préciser que le verdict de culpabilité et la peine reposent sur le constat que l'accusation a établi l'existence des éléments constitutifs d'une infraction continue. En l'espèce, le procureur général a accusé les requérants d'infractions commises entre 1988 et 1989, et la cour de sûreté de l'Etat a indiqué dans son arrêt que les intéressés avaient été reconnus coupables d'actes perpétrés en 1988 et 1989. Cette juridiction n'a pas déclaré les avoir reconnus coupables d'infractions commises après 1989; il apparaît donc que les requérants ont été jugés pour des infractions qu'ils auraient commises en 1988 et 1989. En outre, les années 1988 et 1989 ne sauraient être considérées comme le début des infractions. Dès lors, les éléments de preuve relatifs à la participation alléguée des requérants aux activités du PKK après 1989 sont en contradiction avec les termes mêmes de l'acte d'accusation. On peut légitimement considérer que les intéressés ont préparé leur défense compte tenu des infractions telles qu'elles se trouvaient définies dans l'acte d'accusation et de la peine qu'ils encouraient s'ils étaient reconnus coupables. De plus, il ressort de l'arrêt de la cour de sûreté de l'Etat que cette juridiction ne semble pas avoir fondé la condamnation des intéressés sur des infractions qu'ils auraient commises après 1989. En conclusion, les requérants se sont vu infliger en vertu de la loi de 1991 une peine plus lourde que celle qu'ils encouraient à l'époque où l'infraction a été commise.

*Conclusion* : violation (unanimité).

Article 41 : la Cour octroie à chacun des requérants une indemnité pour préjudice moral et leur alloue conjointement une indemnité pour frais et dépens.

### **Jurisprudence citée par la Cour**

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

*S.W. c. Royaume-Uni*, arrêt du 22 novembre 1995, série A n° 335-B

*C.R. c. Royaume-Uni*, arrêt du 22 novembre 1995, série A n° 335-C

*Pélissier et Sassi c. France* [GC], n° 25444/94, CEDH 1999-II

**En l'affaire Ecer et Zeyrek c. Turquie,**

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

M<sup>mes</sup> E. PALM, *présidente*,  
W. THOMASSEN,  
MM. GAUKUR JÖRUNDSSON,  
C. BİRSAN,  
J. CASADEVALL,  
R. MARUSTE, *juges*,  
F. GÖLCÜKLÜ, *juge ad hoc*,

et de M. M. O'BOYLE, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 15 février 2000 et  
6 février 2001,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouvent deux requêtes (n<sup>os</sup> 29295/95 et 29363/95) dirigées contre la République de Turquie et dont deux ressortissants de cet Etat, MM. Abdülaziz Ecer et Mehmet Zeyrek (« les requérants »), avaient saisi la Commission européenne des Droits de l'Homme (« la Commission ») le 18 juillet 1995 en vertu de l'ancien article 25 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Les requérants, qui avaient été admis au bénéfice de l'assistance judiciaire, étaient représentés par M<sup>e</sup> S. Tanrıku, avocat au barreau de Diyarbakır (Turquie). Le gouvernement turc (« le Gouvernement ») n'a pas désigné d'agent aux fins de la procédure devant la Cour.

3. Les requérants alléguaient en particulier que l'application de la loi n<sup>o</sup> 3713 du 12 avril 1991 aux actes qu'ils avaient commis en 1988 et 1989 constituait une peine rétroactive, contraire à l'article 7 de la Convention.

4. Les requêtes ont été transmises à la Cour le 1<sup>er</sup> novembre 1998, date d'entrée en vigueur du Protocole n<sup>o</sup> 11 à la Convention (article 5 § 2 du Protocole n<sup>o</sup> 11).

5. Elles ont été attribuées à la première section de la Cour (article 52 § 1 du règlement de la Cour). Au sein de celle-ci, la chambre chargée d'examiner les affaires (article 27 § 1 de la Convention) a été constituée conformément à l'article 26 § 1 du règlement. A la suite du départ de M. R. Türmen, juge élu au titre de la Turquie (article 28), le Gouvernement a désigné M. F. Gölcüklü pour siéger en qualité de juge *ad hoc* (articles 27 § 2 de la Convention et 29 § 1 du règlement).

6. Par une décision du 15 février 2000, la chambre a déclaré les requêtes recevables<sup>1</sup>. La présidente de la chambre a décidé qu'il y avait lieu de joindre les requêtes dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice.

7. Tant les requérants que le Gouvernement ont déposé des observations écrites sur le fond de l'affaire (article 59 § 1 du règlement). La chambre a décidé, après consultation des parties, qu'il n'y avait pas lieu de tenir une audience consacrée au fond de l'affaire (article 59 § 2 *in fine*).

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

#### A. L'arrestation et la détention des requérants

8. Le 2 septembre 1993, les forces de l'ordre du centre de commandement de la gendarmerie de Şırnak appréhendèrent les requérants. Selon le procès-verbal établi à cette occasion, les intéressés avaient été arrêtés au motif qu'ils étaient recherchés pour avoir aidé et abrité des membres de l'organisation terroriste PKK (Parti des travailleurs du Kurdistan), servi de messagers à cette organisation et fourni une aide logistique à cette dernière. Les requérants furent ensuite placés en garde à vue.

9. Le 22 septembre 1993, deux gendarmes interrogèrent les requérants au centre de commandement de la gendarmerie de Şırnak. Au cours de leur interrogatoire, les intéressés avouèrent tous deux avoir des liens avec le PKK depuis 1988 et avoir fourni des vivres et de l'argent à des militants de cette organisation. Abdülaziz Ecer déclara qu'il avait mis son fils, Mustafa Ecer, à la disposition du PKK plutôt que de verser une contribution financière à l'organisation. Mehmet Zeyrek indiqua aux officiers qu'il apportait des provisions à dos de mulets aux militants du PKK et qu'à la dernière occasion, en août 1993, il avait transporté une batterie pour eux.

10. Les requérants furent alors confrontés avec un témoin, İkrâm Yamaner, qui avait été arrêté pour avoir aidé et abrité des membres du PKK entre avril 1990 et juillet 1992. İkrâm Yamaner identifia les intéressés et affirma que ceux-ci avaient fourni des vivres et des vêtements à des membres de l'organisation lorsque lui-même en avait fait partie.

11. Le 23 septembre 1993, le procureur de Şırnak interrogea les requérants sur leurs activités au sein du PKK. Il les informa d'abord de

---

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

la nature et de la cause des accusations portées contre eux et leur donna ensuite lecture des déclarations qu'ils avaient faites aux gendarmes durant leur garde à vue. Les requérants contestèrent l'exactitude des déclarations que leur lut le procureur. Ils prétendirent n'avoir aucun lien avec le PKK et n'avoir jamais ravitaillé des membres de cette organisation. Abdülaziz Ecer affirma, contrairement à ce qu'avaient consigné les gendarmes durant son interrogatoire au commandement de la gendarmerie de Şırnak, que son fils, Mustafa Ecer, avait été enlevé par le PKK et contraint de rallier l'organisation.

Le même jour, le 23 septembre 1993, les requérants furent traduits devant le tribunal de première instance (*sulh ceza mahkemesi*) de Şırnak. Ils démentirent toute participation aux activités du PKK et clamèrent leur innocence. Le tribunal ordonna leur détention provisoire.

12. Le 24 septembre 1993, le procureur de Şırnak rendit une décision d'incompétence et transmit le dossier au parquet général près la cour de sûreté de l'Etat de Diyarbakır.

### **B. Le procès devant la cour de sûreté de l'Etat de Diyarbakır**

13. Par un acte déposé le 19 octobre 1993 à la cour de sûreté de l'Etat de Diyarbakır par le procureur général, les requérants furent accusés d'avoir aidé et abrité des membres du PKK entre 1988 et 1989. Le procureur prétendit que les intéressés avaient fourni des vivres à des membres d'une bande armée dans une zone rurale. Il affirma en outre que le requérant Abdülaziz Ecer avait stocké des vivres dans son magasin pour des membres de la bande armée qu'il avait aidés et abrités grâce à ses contacts avec son fils, un militant actif. Le procureur s'appuya sur les aveux faits par les requérants au centre de commandement de la gendarmerie de Şırnak et sur la déposition du témoin, İkrâm Yamaner, ainsi que sur les pièces du dossier d'enquête.

Le procureur réclama une peine conformément à l'article 169 du code pénal turc et à l'article 5 de la loi relative à la lutte contre le terrorisme (loi n° 3713 du 12 avril 1991 – ci-après «la loi de 1991», paragraphe 19 ci-dessous).

14. Devant la cour de sûreté de l'Etat de Diyarbakır, les requérants contestèrent les déclarations qu'ils avaient faites durant leur garde à vue. Ils prétendirent tous deux avoir signé sans les lire les dépositions rédigées par les gendarmes.

Les intéressés affirmèrent en outre ne pas connaître İkrâm Yamaner, auquel ils auraient été confrontés, puisqu'on leur avait bandé les yeux au cours de leur interrogatoire durant leur garde à vue. Ils invitèrent la cour à dire qu'ils étaient innocents.

15. Le 12 mai 1994, la cour de sûreté de l'Etat de Diyarbakır condamna les requérants pour avoir fourni une aide au PKK en 1988 et 1989 à une peine de trois ans et neuf mois d'emprisonnement et les déchu du droit d'accès à une fonction publique pendant trois ans. Lorsqu'elle apprécia la peine à infliger, la cour estima d'abord qu'une peine d'emprisonnement de trois ans serait adéquate en vertu de l'article 169 du code pénal turc; elle appliqua ensuite l'article 5 de la loi de 1991 aux termes duquel cette peine devait être augmentée de moitié, c'est-à-dire portée à quatre ans et six mois d'emprisonnement; enfin, elle s'appuya sur l'article 59 du code pénal pour réduire la peine d'un sixième, ramenant ainsi la durée globale à trois ans et neuf mois d'emprisonnement. La cour constata notamment :

« Infraction: aide et asile à des membres de l'organisation illégale PKK

Date de l'infraction: 1988 et 1989

(...)

Appréciation des éléments de preuve:

1. L'accusé Mehmet Zeyrek

Dans ses déclarations aux gendarmes, il a affirmé avoir été influencé par la propagande diffusée par des membres du PKK au cours de leurs fréquentes visites dans [son] village en 1989. Ayant constaté que l'organisation travaillait pour les villageois, il avait commencé à fournir une aide [au PKK]. Il avait préféré mettre un membre de sa famille, Behiye Zerek, à la disposition de l'organisation plutôt que de verser une contribution financière à celle-ci. Il connaissait certains membres de l'organisation portant les noms de code Hamit, Mahmut, Sorej, Rojger et Ahmet. Il les rencontrait dans la région de Besta, au point de Kaniye Rengin, près d'un ruisseau, le «Zirvi» et aux abords du mont Elma. Il connaissait quelques personnes parmi les combattants. [Il a en outre déclaré] que sur les instructions de l'organisation et sur celles qu'il avait reçues des chefs des groupes au cours de leurs rencontres, il leur avait apporté des provisions à dos de mulets. Personne ne l'avait aidé à rejoindre les rangs de l'organisation. Des membres de l'organisation avaient fait de la propagande [en faveur du PKK] par le passé, mais ils n'en avaient plus fait par la suite car tout le monde connaissait l'organisation. Il a également affirmé avoir apporté il y a quelque temps une batterie et des vivres à un militant portant le nom de code Hamza, qu'il avait rencontré à la mine de charbon en face de la [gendarmerie] de Milli.

Dans ses déclarations au procureur, il a réfuté [l'exactitude de] ses dépositions aux gendarmes, prétendant qu'il ne connaissait aucune personne portant le nom de code Ahmet et que ce dernier n'avait pas dit la vérité à son sujet et l'avait calomnié. Il [a affirmé] n'avoir pas transporté de provisions pour [des membres de] l'organisation. Il a nié avoir mis Behiye Zerek à la disposition du PKK plutôt que de verser une contribution financière à l'organisation. Il a déclaré ignorer où se trouvait l'organisation.

Dans ses déclarations devant le tribunal de première instance de Şırnak, il a soutenu qu'il n'avait jamais fourni d'aide à l'organisation terroriste PKK, ni transporté de vivres pour [des militants du PKK] ni rencontré de membres du [PKK]. [Il a clamé] son innocence.



Dans ses déclarations devant notre cour, l'accusé a réfuté les accusations selon lesquelles il avait aidé et abrité [des membres du] PKK. Il a allégué ne pas connaître İkrâm Yamaner qui est mentionné dans l'acte d'accusation. Il a clamé son innocence.

Selon le procès-verbal d'identification et de confrontation versé au dossier n° 9, lorsque l'accusé Mehmet Zeyrek a été présenté à İkrâm Yamaner portant le nom de code Ahmet, ce dernier a déclaré connaître Mehmet Zeyrek. Le témoin a affirmé que [Mehmet Zeyrek] venait voir des membres de l'organisation portant les noms de code Erdal, Mehmet, Hamit et Serxabun et qu'il avait souvent convoyé des vivres à dos de dix à quinze mulets dans la région de Besta, jusqu'au mont Elma, jusqu'à un ruisseau, le « Zirvi » et jusqu'au point de Keniya Rengin. [Le témoin] a déclaré en outre avoir montré [aux forces de l'ordre] les endroits où ces provisions étaient stockées. Il a affirmé que l'accusé [Mehmet Zeyrek] était un militant apportant une importante aide logistique à l'organisation.

Lorsque İkrâm Yamaner a déposé en tant que témoin devant notre cour, il a déclaré que l'accusé avait rencontré des dirigeants de l'organisation, que celui-ci était un membre permanent de l'organisation et qu'il avait souvent été en contact avec [un militant] portant le nom de code Erdal. [Il a affirmé en outre] que l'accusé avait notamment fourni des vivres et des armes à l'organisation.

Il a été établi que l'accusé a approvisionné des membres de l'organisation armée qui venaient dans son village et qu'il leur a également apporté des vivres dans des zones rurales. Par ses actes, il s'est rendu coupable d'avoir aidé et abrité en connaissance de cause des membres d'une bande armée, [à savoir] l'organisation terroriste illégale PKK. La cour conclut donc que l'élément matériel et l'élément moral de l'infraction sont réunis. Les moyens de défense de l'intéressé à cet égard ont été rejetés.

La bonne conduite de l'accusé pendant l'audience a été considérée comme une circonstance atténuante.

## 2. L'accusé Abdülaziz Ecer

Dans ses déclarations aux gendarmes, il a affirmé avoir rallié le PKK début 1988, sur les conseils donnés par les personnes chargées de la région de Besta et portant les noms de code Amid et Mahmut lors de leur visite au village. Pour aider l'organisation, il avait d'abord mis son fils, Mustafa Ecer, à la disposition de celle-ci. Son fils [est actuellement] un militant armé actif de l'organisation. L'accusé tenait un commerce dans le village de Geçitboyu, dans le département de Şırnak, et s'est par la suite arrêté de travailler. Outre son fils, qui porte le nom de code Amid, il connaissait [des militants] portant les noms de code Mahmut, Sorej et Ahmet ainsi que Aydın et Kalender. Étant donné qu'il tenait un commerce, il permettait aux membres de l'organisation de prendre autant de vivres qu'ils le souhaitaient. Des membres de l'organisation lui avaient parfois donné de l'argent avec lequel il avait acheté des vivres – farine, sucre et beurre par exemple. Il gardait ces provisions dans son magasin en attendant de les remettre [aux militants]. Il fournissait son aide à l'organisation sur les instructions d'un militant armé qui portait le nom de code Cafer Demir et habitait dans son village. Il avait donné des paquets de cigarettes à un membre de l'organisation portant le nom de code Ahmet. [L'accusé] a affirmé en outre qu'un membre de l'organisation portant le nom de code Mahmut lui avait donné de l'argent pour acheter mille sacs de farine. Il avait livré [à l'organisation], à dos de 30 mulets, des provisions telles que de la farine, du beurre, du sucre, des lentilles, des chaussettes et des tenues de « peshmerga ».

Dans ses déclarations au procureur, il a prétendu qu'il n'avait fourni aucune aide à des membres de l'organisation ni approvisionné l'organisation. Il a allégué ne pas connaître İkrām Yamaner qui portait le nom de code Ahmet. Il a contesté les allégations de ce dernier et soutenu n'avoir aucun lien avec l'organisation.

Dans ses déclarations devant le tribunal de première instance de Şırnak, [l'accusé] a prétendu n'avoir fourni aucune aide à l'organisation terroriste PKK, et n'avoir acheté ni vivres pour les membres de cette organisation ni farine pour leur compte. Il réfuta les accusations portées contre lui.

Dans sa déposition devant notre cour, [l'accusé] a nié les accusations portées contre lui. Il a affirmé que Mustafa Ecer, mentionné dans l'acte d'accusation, était son fils. Il ne l'a pas vu depuis cinq ans. Il a appris [par certaines personnes] que son fils était décédé. Il a prétendu qu'il n'avait pas aidé les membres du PKK en les approvisionnant ou en les abritant.

Selon le procès-verbal d'identification et de confrontation versé au dossier n° 9, lorsque l'accusé Abdülaziz Ecer a été présenté à İkrām Yamaner, qui portait le nom de code Ahmet, ce dernier a déclaré connaître Abdülaziz Ecer et lui avoir rendu visite à son domicile [lorsque] il tenait un commerce dans le village. Le commandant de l'équipe, portant le nom de code Mahmut, avait donné de l'argent à Abdülaziz Ecer pour l'achat de mille sacs de farine. L'accusé utilisait comme dépôt une pièce se trouvant derrière sa maison et en face de sa boutique. Il avait fourni des vivres à l'organisation et lui avait apporté 600 paires de chaussures de marque Mekap. Le fils de l'accusé, portant le nom de code Erdal, était un militant actif de l'organisation, mais le témoin ne connaissait pas son vrai nom. İkrām Yamaner a déclaré en outre qu'il commandait une équipe et que l'accusé lui avait apporté 20 sacs de sucre, farine, beurre et lentilles ainsi que des provisions à dos de 30 mulets.

İkrām Yamaner, en sa qualité de témoin devant notre cour, a déclaré que l'accusé avait fourni des vivres – nourriture et boissons – et des armes à l'organisation. Il a en outre affirmé que l'accusé était un militant actif apportant une aide logistique à l'organisation et qu'il l'avait souvent rencontré alors qu'il faisait lui-même partie de l'organisation.

Il a été établi que l'accusé a approvisionné les membres d'une organisation armée qui venaient dans son village, Geçitkaya, et qu'il leur a également apporté des vivres dans des zones rurales. En outre, le défendeur stockait les provisions dans sa boutique pour les membres de la bande. Il les rencontrait grâce à son fils, Mustafa Ecer, qui fait actuellement partie de l'organisation, et leur fournissait ce dont ils avaient besoin. Par ces actes, l'accusé s'est rendu coupable d'avoir aidé et abrité en connaissance de cause des membres d'une bande armée, [à savoir] l'organisation terroriste illégale PKK. La cour conclut dès lors que l'élément matériel et l'élément moral de l'infraction sont réunis. Les moyens de défense de l'intéressé à cet égard ont été rejetés.

La bonne conduite de l'intéressé durant l'audience a été considérée comme une circonstance atténuante.»

### C. La procédure en appel

16. Le 11 juillet 1994, les requérants saisirent la Cour de cassation d'un recours contre l'arrêt de la cour de sûreté de l'Etat de Diyarbakır.

Ils prétendirent en particulier que la cour de sûreté de l'Etat avait enfreint le principe de la non-rétroactivité du droit pénal puisqu'elle avait appliqué l'article 5 de la loi de 1991 pour augmenter de moitié la peine prévue par l'article 169 du code pénal turc. Ils firent valoir qu'ils avaient été condamnés pour des actes commis en 1988 et 1989, tels que mentionnés dans l'acte d'accusation, et affirmèrent que le témoin à charge, İkrâm Yamaner, qui avait été appréhendé en 1991, avait déclaré que les dates des infractions étaient 1988 et 1989. Enfin, ils soutinrent que la cour de sûreté de l'Etat n'aurait pas dû admettre comme preuves les déclarations qu'ils avaient faites aux gendarmes car ils les avaient par la suite rétractées, affirmant qu'elles leur avaient été extorquées sous la contrainte.

17. Le 21 février 1995, la Cour de cassation rejeta le recours. Elle reconnut la pertinence du raisonnement de la cour de sûreté de l'Etat et de son appréciation des preuves. Elle n'aborda pas expressément le grief des requérants relatif à l'application rétroactive de la loi de 1991.

18. Le 22 mai 1995, les requérants saisirent le parquet général près la Cour de cassation d'une demande en rectification de la décision du 21 février 1995. Le 19 juin 1995, le procureur général rejeta leur demande au motif que la Cour de cassation avait examiné l'ensemble des points qu'ils avaient soulevés et qu'aucun autre motif n'exigeait de rectifier la décision.

## II. LE DROIT INTERNE PERTINENT

19. L'article 169 du code pénal turc se lit ainsi :

«Sera condamné à une peine allant de trois à cinq ans d'emprisonnement (...), quiconque, tout en ayant conscience de la position et qualité d'une telle bande ou organisation armée, l'aidera ou lui fournira un hébergement, des vivres, armes et munitions ou des vêtements, ou facilitera ses agissements de quelque manière que ce soit.»

Selon le Gouvernement, l'acte consistant à fournir une aide ou l'asile à des membres d'une organisation illégale revêt un caractère continu et constitue une infraction continue.

20. Conformément à l'article 4 de la loi de 1991, l'infraction prévue par l'article 169 du code pénal figure dans la catégorie des «actes perpétrés aux fins du terrorisme».

En vertu de l'article 5 de la loi de 1991, la peine prévue par le code pénal pour une infraction définie à l'article 4 de la loi sera augmentée de moitié.

21. L'article 150 du code de procédure pénale turc est ainsi libellé :

«La peine résultant d'une instruction et d'une condamnation est fonction des infractions énoncées dans l'acte d'accusation et ne peut être infligée qu'aux personnes qui y sont nommées.»

## EN DROIT

### I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 7 DE LA CONVENTION

22. Les requérants allèguent que l'application de l'article 5 de la loi relative à la lutte contre le terrorisme (loi n° 3713 du 12 avril 1991 – « la loi de 1991 ») à des actes qu'ils ont commis en 1988 et 1989 s'analyse en une peine rétroactive, en violation de l'article 7 de la Convention, ainsi libellé :

« 1. Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise.

2. Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. »

#### A. Thèses défendues devant la Cour

##### 1. *Le Gouvernement*

23. Le Gouvernement fait valoir que les requérants étaient accusés d'avoir aidé et hébergé des membres d'une organisation illégale, c'est-à-dire d'une infraction qui est prévue par l'article 169 du code pénal turc et qui revêt un caractère continu. Il affirme que durant leur interrogatoire au centre de commandement de la gendarmerie de Şırnak, les intéressés ont tous deux reconnu qu'ils fournissaient une aide à des militants du PKK depuis 1988 et 1989.

24. A cet égard, le Gouvernement souligne les déclarations faites par le requérant, Mehmet Zeyrek, qui a avoué avoir donné une batterie à un militant du PKK en août 1993. Il renvoie également à la déposition d'İkrâm Yamaner, un ancien militant du PKK, qui a affirmé devant le tribunal de première instance de Şırnak et la cour de sûreté de l'État de Diyarbakır ainsi que lors de sa confrontation avec les requérants au centre de commandement de la gendarmerie de Şırnak que les intéressés avaient des liens avec le PKK lorsque lui-même était membre de cette organisation entre avril 1990 et juillet 1992.

25. Dès lors, le Gouvernement soutient que la période 1988-1989 mentionnée dans l'acte d'accusation du procureur général doit être considérée comme le début de la perpétration des actes incriminés. A son

sens, les tribunaux ont appliqué l'article 5 de la loi de 1991 à des actes qui ont commencé en 1988 et 1989 et se sont poursuivis jusqu'en 1993. De ce fait, le Gouvernement invite la Cour à rejeter l'allégation des requérants concernant l'application rétroactive de la loi de 1991 et à dire qu'il n'y a pas eu violation de l'article 7 de la Convention.

## 2. *Les requérants*

26. Les requérants contestent l'affirmation du Gouvernement selon laquelle la période 1988-1989 doit être considérée comme le début des infractions. Ils prétendent que le procureur général près la cour de sûreté de l'Etat de Diyarbakır les avait seulement accusés d'actes commis entre 1988 et 1989, faute de preuve de leur participation aux activités de l'organisation entre 1989 et le 2 septembre 1993, date de leur arrestation. Si le procureur général les avait accusés d'actes perpétrés entre 1988 et 1993, il l'aurait précisé dans l'acte d'accusation et n'y aurait pas consigné «entre 1988 et 1989» pour situer les dates des infractions. A l'appui de leurs allégations, les intéressés présentent quatre actes d'accusation dressés par le procureur général près la cour de sûreté de l'Etat de Diyarbakır et indiquant tous clairement les dates des infractions. A titre d'exemple, les requérants citent les actes d'accusation dirigés contre Nihat Eren (acte d'accusation n° 1996/1198), Abit Usluğ et autres (acte d'accusation n° 1996/587), Abdullah Kaya et autres (acte d'accusation n° 1998/95), et Mehmet Nuri Günana et Mahmut Can (acte d'accusation n° 1996/1199), lesquels, comme eux-mêmes, étaient accusés d'infractions terroristes.

27. Les requérants soulignent que la cour de sûreté de l'Etat a clairement indiqué dans son arrêt qu'ils avaient été reconnus coupables d'infractions commises en 1988 et 1989. A cet égard, ils renvoient à l'article 150 du code de procédure pénale turc qui dispose que la compétence des tribunaux se limite aux infractions énoncées dans l'acte d'accusation. Ils prétendent que le Gouvernement ne saurait étendre l'acte d'accusation à la période entre 1989 et 1993 puisqu'ils ne se sont livrés à aucune activité criminelle durant cette période.

En outre, les requérants soutiennent que le Gouvernement ne saurait invoquer les déclarations qu'ils ont faites durant leur garde à vue pour prolonger la période de leurs activités, puisqu'ils ont rétracté leurs aveux au cours de la procédure devant la cour de sûreté de l'Etat.

28. En conclusion, les requérants prient la Cour de dire que la peine d'emprisonnement qui leur a été infligée en application de la loi de 1991 pour des actes perpétrés en 1988 et 1989 est contraire à l'article 7 de la Convention.

## B. Appréciation de la Cour

### 1. Principes généraux

29. La Cour rappelle que la garantie que consacre l'article 7, élément essentiel de la prééminence du droit, occupe une place primordiale dans le système de protection de la Convention, comme l'atteste le fait que l'article 15 n'y autorise aucune dérogation en temps de guerre ou autre danger public. Ainsi qu'il découle de son objet et de son but, on doit l'interpréter et l'appliquer de manière à assurer une protection effective contre les poursuites, les condamnations et sanctions arbitraires (arrêts *S.W.* et *C.R. c. Royaume-Uni* du 22 novembre 1995, série A n<sup>os</sup> 335-B et 335-C, pp. 41-42, § 35, et pp. 68-69, § 33, respectivement).

30. D'après la jurisprudence de la Cour, l'article 7 de la Convention consacre, de manière générale, le principe de la légalité des délits et des peines (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) et prohibe, en particulier, l'application rétroactive du droit pénal lorsqu'elle s'opère au détriment de l'accusé (arrêt *Kokkinakis c. Grèce* du 25 mai 1993, série A n<sup>o</sup> 260-A, p. 22, § 52).

### 2. Application de ces principes

31. La Cour estime que le principe *nulla poena sine lege* est la seule considération pertinente en l'espèce puisque les requérants affirment qu'une peine plus lourde que celle applicable à l'époque de l'infraction leur a été infligée.

32. La Cour observe que la condamnation des intéressés et la peine de prison qui leur a été infligée en raison de la perpétration des infractions prévues par l'article 169 du code pénal ne sont pas en litige en l'espèce. La seule question à trancher est de savoir si la loi de 1991 a été appliquée à des infractions antérieures à son entrée en vigueur, de sorte que les intéressés se sont vu infliger une peine rétroactive, en violation de l'article 7 § 1 de la Convention.

33. La Cour relève que, selon le Gouvernement, l'infraction dont les requérants étaient accusés doit être considérée comme une infraction continue en vertu de l'article 169 du code pénal (paragraphe 19 ci-dessus). Cela étant entendu, elle observe que, par définition, une « infraction continue » est un type d'infraction commis sur une certaine période. A son sens, lorsqu'une personne est accusée d'une infraction continue, le principe de la sécurité juridique commande que les actes constitutifs de cette infraction, qui mettent en jeu la responsabilité pénale de l'intéressé, soient clairement énoncés dans l'acte d'accusation (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Pélissier et Sassi c. France* [GC], n<sup>o</sup> 25444/94, § 51, CEDH 1999-II). En outre, la décision rendue par la juridiction interne doit elle aussi bien préciser que le verdict de culpabilité et la peine reposent sur le constat que l'accusation a établi l'existence des éléments constitutifs d'une infraction continue.

34. A cet égard, la Cour constate que le procureur général, dans l'acte d'accusation qu'il a déposé à la cour de sûreté de l'Etat, faisait état d'infractions commises par les requérants «entre 1988 et 1989». De plus, dans son arrêt du 12 mai 1994, la cour de sûreté de l'Etat a indiqué que les requérants avaient été reconnus coupables d'actes perpétrés «en 1988 et 1989». En aucun endroit de son arrêt motivé, cette juridiction n'a déclaré les avoir reconnus coupables d'infractions commises après 1989. Pour la Cour, il apparaît que les intéressés ont été jugés pour des infractions qu'ils auraient commises en 1988 et 1989 ou au cours de cette période. Dès lors, elle estime, contrairement à ce que laisse entendre le Gouvernement, que les années 1988 et 1989 ne sauraient être considérées comme le début des infractions en question.

35. Par ailleurs, la Cour constate qu'en cherchant à étayer l'argument selon lequel les requérants ont participé aux activités du PKK jusqu'en août 1993, le Gouvernement invoque les aveux faits par les intéressés pendant leur garde à vue au centre de commandement de la gendarmerie de Şırnak. De plus, s'appuyant sur le témoignage d'un ancien militant du PKK, le Gouvernement souligne que les requérants ont poursuivi leurs activités même après 1989.

Cependant, pour la Cour, ces éléments de preuve d'une infraction continue sont en contradiction avec les termes mêmes de l'acte d'accusation, qui portait sur les années 1988 et 1989 seulement. L'on peut légitimement considérer que les requérants ont préparé leur défense compte tenu des infractions telles qu'elles se trouvaient précisées dans l'acte d'accusation et de la peine qu'ils encouraient s'ils étaient reconnus coupables. En outre, il ressort de l'arrêt de la cour de sûreté de l'Etat que cette juridiction ne semble pas avoir fondé la condamnation des intéressés sur des infractions qu'ils auraient commises après 1989. La Cour doit également prendre en compte que les actes d'accusation dirigés contre d'autres personnes et portant sur des infractions continues en vertu de la loi de 1991 étaient soigneusement établis et indiquaient les dates des actes incriminés (paragraphe 26 ci-dessus).

36. Dès lors, la Cour conclut que les requérants se sont vu infliger en vertu de la loi de 1991 une peine plus lourde que celle qu'ils encouraient à l'époque où l'infraction dont ils ont été reconnus coupables a été commise.

37. Partant, il y a eu violation de l'article 7 § 1 de la Convention.

## II. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

38. 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**

39. Les requérants n'ont soumis aucune demande pour préjudice matériel. Toutefois, ils réclament chacun 25 000 dollars américains (USD) pour préjudice moral. Ils prétendent avoir purgé trois mois de prison supplémentaires en raison de la violation de leurs droits protégés par l'article 7 § 1. A cet égard, ils allèguent avoir subi des répercussions importantes dans leur vie privée et sociale, à la fois sur le plan financier et sur d'autres plans.

40. Pour le Gouvernement, le constat d'une violation constituerait une satisfaction équitable suffisante aux fins de l'article 41 de la Convention, les allégations des intéressés n'étant pas fondées et le montant réclamé étant excessif. A cet égard, il met en garde contre l'octroi d'une réparation qui ne serait qu'une source d'enrichissement injuste pour les requérants.

41. La Cour estime que les deux requérants ont dû éprouver un désarroi qui ne saurait être réparé uniquement par un constat de violation. Eu égard à la nature de la violation constatée en l'espèce et statuant en équité, elle alloue à chacun des requérants 7 500 USD pour préjudice moral.

### **B. Frais et dépens**

42. Le représentant des requérants demande le remboursement de 258 000 000 livres turques pour frais et dépens (photocopies, traductions, téléphone, télécopies et frais postaux). Il sollicite en outre la somme de 6 500 USD pour soixante-cinq heures de travail effectuées dans le cadre de la procédure devant les juridictions internes et devant les institutions de la Convention.

43. Le Gouvernement trouve cette somme excessive par rapport aux honoraires que touchent les avocats turcs plaidant devant les juridictions internes et insuffisamment justifiée. Tout en critiquant le montant réclamé pour le travail effectué par le représentant des requérants dans le cadre de la procédure interne, le Gouvernement fait valoir que les demandes ne devraient avoir trait qu'à la procédure devant les institutions de la Convention. Il soutient en outre que les requérants n'ont pas dûment justifié les frais et dépens réclamés.

44. La Cour estime que les requérants sont dans une large mesure restés en défaut d'étayer leurs demandes. Statuant en équité et eu égard aux critères qui se dégagent de sa jurisprudence (voir, parmi d'autres,



l'arrêt *Tolstoy Miloslavsky c. Royaume-Uni* du 13 juillet 1995, série A n° 316, p. 83, § 77), elle alloue aux deux requérants conjointement la somme de 3 000 USD, moins 630 euros perçus du Conseil de l'Europe au titre de l'assistance judiciaire.

### C. Intérêts moratoires

45. La Cour estime approprié de prévoir le versement des intérêts moratoires au taux annuel de 6 %, les sommes étant octroyées en dollars américains.

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

1. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 7 § 1 de la Convention;
2. *Dit*
  - a) que l'Etat défendeur doit verser, dans les trois mois, à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, les sommes suivantes, à convertir en livres turques au taux applicable à la date du règlement :
    - i. 7 500 USD (sept mille cinq cents dollars américains) à chacun des requérants pour préjudice moral;
    - ii. 3 000 USD (trois mille dollars américains) aux deux requérants conjointement pour frais et dépens, moins 630 EUR (six cent trente euros) perçus du Conseil de l'Europe au titre de l'assistance judiciaire, à convertir en dollars américains au taux de change applicable à la date de l'arrêt;
  - b) que ces montants seront à majorer d'un intérêt simple de 6 % 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 anglais, puis communiqué par écrit le 27 février 2001, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Michael O'BOYLE  
Greffier

Elisabeth PALM  
Présidente



LUCÀ c. ITALIE  
(*Requête n° 33354/96*)

PREMIÈRE SECTION

ARRÊT DU 27 FÉVRIER 2001<sup>1</sup>

---

1. Texte français original.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Condamnation reposant exclusivement sur les déclarations d'un coïnculpé que l'accusé n'a pu interroger ou faire interroger****Article 6 §§ 1 et 3 d)**

*Interrogation de témoins – Condamnation reposant exclusivement sur les déclarations d'un coïnculpé que l'accusé n'a pu interroger ou faire interroger – Notion de témoin – Témoignage à charge – Droit de garder le silence au procès*

\*  
\*   \*   \*

Trouvés en possession de cocaïne, N. et C. furent arrêtés. N. déclara à la police qu'il s'était rendu, avec C., chez le requérant, lequel s'était déclaré prêt à leur fournir de la cocaïne. D'abord simple témoin, N. fut ensuite considéré comme une « personne soupçonnée d'avoir commis une infraction » et fut interrogé par le procureur de la République en cette qualité. Le requérant et C. furent renvoyés en jugement pour trafic de stupéfiants. Une procédure distincte fut ouverte à l'encontre de N. pour détention de drogue. Appelé à témoigner au procès du requérant, en qualité de « personne accusée dans une procédure connexe », N. se prévalut du droit de garder le silence que lui offrait la législation nationale. Le requérant n'eut, de ce fait, pas la faculté de l'interroger ou de le faire interroger. Le tribunal prit acte du fait que le refus de N. de témoigner était conforme à la loi. Il fit alors usage de la possibilité ouverte, dans ce cas, par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, d'utiliser les déclarations faites par des personnes accusées dans des procédures connexes. En conséquence, les procès-verbaux des déclarations faites par N. devant le procureur de la République furent lues à l'audience. Le requérant fut condamné à plus de huit ans d'emprisonnement et à une amende. Le tribunal nota que le principal moyen de preuve à la charge des accusés résidait dans les déclarations faites par N. au procureur. L'appel et le pourvoi en cassation du requérant furent rejetés.

Article 6 §§ 1 et 3 d) : dès lors qu'une déposition, qu'elle soit faite par un témoin *stricto sensu* ou par un coïnculpé, est susceptible de fonder, d'une manière substantielle, la condamnation du prévenu, elle constitue un témoignage à charge et les garanties prévues par l'article 6 §§ 1 et 3 d) lui sont applicables. Le fait que le droit national en vigueur à l'époque prévoyait que, face au refus du coïnculpé de témoigner au procès, les déclarations formulées avant les débats pouvaient être utilisées par le juge, ne saurait priver l'inculpé du droit, que l'article 6 § 3 d) lui reconnaît, d'examiner ou de faire examiner de manière contradictoire tout élément de preuve

---

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

substantiel à sa charge. En l'espèce, la condamnation du requérant s'appuie exclusivement sur les dépositions faites par N. avant le procès, que ni le requérant ni son avocat n'ont eu à aucun moment la possibilité d'interroger. Le requérant n'a donc pas bénéficié d'une occasion adéquate et suffisante de contester les déclarations sur lesquelles sa condamnation s'est fondée.

*Conclusion* : violation (unanimité).

Article 41 : la Cour alloue une somme au requérant au titre du préjudice moral, ainsi qu'une somme forfaitaire au titre des frais et dépens.

### **Jurisprudence citée par la Cour**

*Zimmermann et Steiner c. Suisse*, arrêt du 13 juillet 1983, série A n° 66

*Unterpertinger c. Autriche*, arrêt du 24 novembre 1986, série A n° 110

*Isgrò c. Italie*, arrêt du 19 février 1991, série A n° 194-A

*Vidal c. Belgique*, arrêt du 22 avril 1992, série A n° 235-B

*Lüdi c. Suisse*, arrêt du 15 juin 1992, série A n° 238

*Saïdi c. France*, arrêt du 20 septembre 1993, série A n° 261-C

*Doorson c. Pays-Bas*, arrêt du 26 mars 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-II

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

*Van Mechelen et autres c. Pays-Bas*, arrêt du 23 avril 1997, *Recueil* 1997-III

*Dorigo c. Italie*, requête n° 33286/96, rapport de la Commission du 9 septembre 1998, non publié

*Coëme et autres c. Belgique* [GC], nos 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96, CEDH 2000-VII

**En l'affaire Lucà c. Italie,**

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

M<sup>mes</sup> E. PALM, *présidente*,  
W. THOMASSEN,  
MM. B. CONFORTI,  
GAUKUR JÓRUNDSSON,  
C. BÍRSAN,  
J. CASADEVAILL,  
B. ZUPANČIČ, *juges*,

et de M. M. O'BOYLE, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 6 février 2001,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 33354/96) dirigée contre la République italienne et dont un ressortissant de cet Etat, M. Nicola Lucà («le requérant»), avait saisi la Commission européenne des Droits de l'Homme («la Commission») le 17 janvier 1994 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 requérant est représenté par M<sup>e</sup> F. Macrí, avocat au barreau de Reggio de Calabre. Le gouvernement italien («le Gouvernement») est représenté par son agent, M. U. Leanza, chef du service du contentieux diplomatique au ministère des Affaires étrangères, assisté de M. V. Esposito, coagent du Gouvernement près la Cour européenne des Droits de l'Homme.

3. En invoquant l'article 6 §§ 1 et 3 d) de la Convention, le requérant allègue avoir été condamné sur la base des déclarations prononcées par une personne qu'il n'aurait jamais eu la possibilité d'interroger ou de faire interroger.

4. La requête a été transmise à la Cour le 1<sup>er</sup> novembre 1998, date d'entrée en vigueur du Protocole n° 11 à la Convention (article 5 § 2 du Protocole n° 11).

5. La requête a été attribuée à la première section de la Cour (article 52 § 1 du règlement de la Cour). Au sein de celle-ci, la chambre chargée d'examiner l'affaire (article 27 § 1 de la Convention) a été constituée conformément à l'article 26 § 1 du règlement.

6. Par une décision du 9 mars 1999, la chambre a déclaré la requête recevable<sup>1</sup>.

---

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

7. Tant le requérant que le Gouvernement ont déposé des observations écrites sur le fond de l'affaire (article 59 § 1 du règlement).

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

8. Le requérant, né en 1955, est actuellement détenu à la prison de Cosenza.

9. Le 25 octobre 1992, N. et C. furent arrêtés par les carabinieri de Roccella Jonica (Reggio de Calabre) et trouvés en possession de cocaïne.

10. Les 25 et 26 octobre 1992, N. fut interrogé d'abord par les carabinieri, puis par le procureur de la République de Locri (Reggio de Calabre). Il déclara avoir reçu une partie des stupéfiants de C. pour sa consommation personnelle, tandis que le reste appartenait exclusivement à ce dernier. Il indiqua en outre que le jour de leur arrestation C. l'avait accompagné chez certaines personnes pour essayer d'acheter de la drogue. Après le repas du soir, ils se seraient rendus chez le requérant, qui se serait déclaré disposé à fournir 500 grammes de cocaïne. La livraison devait avoir lieu dans les jours suivants, car le requérant ne voulait pas accepter un paiement différé et ne pouvait pas quitter sa maison après 20 heures pour chercher la drogue.

11. Lors de l'interrogatoire auprès des carabinieri, N. fut entendu à titre d'information sur l'affaire (*persona che può riferire circostanze utili ai fini delle indagini*) et non en tant qu'accusé. Pour cette raison, il ne fut pas assisté par un avocat. Toutefois, le parquet de Locri estima ensuite que N. devait être considéré comme une « personne soupçonnée d'avoir commis une infraction » (« *indagato* »). Celui-ci fut donc interrogé en tant que tel par le procureur de la République.

12. Par une ordonnance du 12 février 1993, le juge des investigations préliminaires de Locri renvoya le requérant, C. et deux autres personnes, MM. A. et T., en jugement devant le tribunal de Locri pour trafic de stupéfiants. A. était en outre accusé de détention illégale d'armes. Une procédure séparée pour détention de drogue fut ouverte contre N.

13. A l'audience du 17 juillet 1993, N. fut appelé à témoigner en sa qualité de personne accusée dans une procédure connexe (*imputato in procedimento connesso*). Toutefois, il déclara se prévaloir du droit de garder le silence reconnu par l'article 210 du code de procédure pénale (ci-après « CPP »).

14. Les avocats des accusés excipèrent de l'inconstitutionnalité de l'article 513 CPP pour incompatibilité avec les articles 3 et 24 de la Constitution italienne – qui garantissent respectivement l'égalité des citoyens devant la loi et le droit à la défense à tout stade de la procédure



– ainsi qu’avec l’article 6 de la Convention. Ils observèrent notamment qu’aux termes de l’article 513 CPP, tel qu’interprété par la Cour constitutionnelle, lorsqu’une personne accusée dans une procédure connexe se prévalait du droit de garder le silence, le tribunal pouvait lire et utiliser toute déclaration faite par elle au procureur de la République ou au juge des investigations préliminaires au cours de l’instruction. L’accusé se trouvait alors privé de toute possibilité d’interroger ou de faire interroger ladite personne.

15. Par une ordonnance du même jour, le tribunal rejeta l’exception d’inconstitutionnalité pour défaut manifeste de fondement et ordonna la lecture des procès-verbaux des déclarations faites par N. au procureur de la République. Le tribunal nota que le droit de garder le silence était prévu par la loi comme une garantie pour les accusés, qui ne pouvaient être obligés de faire des déclarations susceptibles de contribuer à leur propre incrimination. D’autre part, la possibilité de lire et d’utiliser les déclarations faites pendant les investigations préliminaires avait été établie par la Cour constitutionnelle elle-même dans son arrêt n° 254 du 3 juin 1992.

16. Par un jugement du 7 mars 1994, dont le texte fut déposé au greffe le 1<sup>er</sup> juin 1994, le tribunal de Locri condamna le requérant à une peine de huit ans et quatre mois d’emprisonnement et à 54 000 000 liras italiennes (environ 183 000 francs français) d’amende. C., A. et T. furent également condamnés à des peines comprises entre six et neuf ans d’emprisonnement.

17. Le tribunal nota d’emblée que le principal moyen de preuve à la charge des accusés était les déclarations faites par N. au procureur de la République, celles faites aux carabinieri ne pouvant pas être utilisées conformément à l’article 513 CPP. Le tribunal observa de surcroît qu’eu égard à la personnalité de N. ainsi qu’à la spontanéité et à la précision de ses affirmations, celles-ci devaient être considérées comme crédibles. Quant à la position du requérant, le tribunal observa que N. avait reconnu la photo de celui-ci, avait décrit avec précision son habitation et le chemin suivi pour y accéder. En outre, le requérant, déjà condamné pour des infractions à la législation sur les stupéfiants, était sous contrôle judiciaire (*sorveglianza speciale*) ; il avait l’obligation de ne pas quitter son habitation après le coucher du soleil, ce qui aurait pu expliquer ses difficultés à sortir après 20 heures. De plus, la quantité de cocaïne retrouvée en possession de C. démontrait que ce dernier entretenait des contacts avec le milieu des trafiquants de drogue et faisait apparaître comme vraisemblables les circonstances dans lesquelles la visite au requérant s’était déroulée. Ce même élément confirmait que les négociations entamées étaient sérieuses.

18. Le 13 juillet 1994, le requérant interjeta appel devant la cour d’appel de Reggio de Calabre. Il contesta notamment la fiabilité des déclarations de N. et le fait que celles-ci avaient été formulées au mépris

du principe du contradictoire et sans la présence d'un juge ou des avocats des accusés.

19. Par un arrêt du 7 novembre 1994, la cour d'appel de Reggio de Calabre reprit en substance les arguments développés dans l'ordonnance du 17 juillet 1993. Elle confirma, quant au requérant, le jugement de première instance et réduisit la peine infligée à A.

20. Le 18 février 1995, le requérant et ses coïnculpés se pourvurent en cassation. T. invoqua notamment l'article 6 § 3 d) de la Convention et contesta la lecture des déclarations de N.

21. Par un arrêt du 19 octobre 1995, dont le texte fut déposé au greffe le 3 novembre 1995, la Cour de cassation, estimant qu'en ce qui concerne l'infraction de trafic de stupéfiants la cour d'appel avait motivé sa décision de façon logique et correcte sur tous les points controversés, débouta le requérant et ses coïnculpés de leurs pourvois. Elle cassa la décision attaquée quant à la condamnation infligée à A. pour détention illégale d'armes et renvoya l'affaire à la cour d'appel de Catanzaro.

22. La Cour de cassation observa notamment que l'article 6 § 3 d) de la Convention concernait « l'interrogatoire des témoins, qui (...) sont obligés de dire la vérité et non l'interrogatoire des accusés, qui ont la faculté de se défendre en gardant le silence ou bien même en mentant ». D'autre part, étant donné que l'interrogatoire des témoins devait être réglementé dans chaque Etat partie à la Convention par les dispositions nationales pertinentes, il était « évident que (...) face au refus de témoigner, les déclarations faites au procureur de la République (...) devaient être versées au dossier du juge ».

## II. LE DROIT INTERNE PERTINENT

### A. Régime juridique en vigueur à l'époque des faits

23. La lecture des déclarations faites avant les débats par un accusé ou un coaccusé est régie par l'article 513 CPP.

24. La version initiale de l'article 513 CPP prévoyait, au premier paragraphe, que les déclarations faites par l'inculpé avant les débats pouvaient être utilisées comme preuves par le juge du fond dans le cas où l'inculpé aurait été absent ou se serait refusé à les réitérer.

25. Le deuxième paragraphe de l'article 513 visait en revanche les déclarations faites avant les débats par des personnes accusées dans des procédures connexes. Contrairement à l'hypothèse visée au premier paragraphe, le deuxième paragraphe ne permettait pas l'utilisation de pareilles déclarations par le juge du fond dans l'hypothèse où l'accusé aurait usé de sa faculté de garder le silence.

26. Par l'arrêt n° 254 de 1992, la Cour constitutionnelle déclara le deuxième paragraphe de l'article 513 inconstitutionnel dans la mesure où, comme il excluait la possibilité d'utiliser au fond les déclarations y visées en cas de silence de l'accusé dans une procédure connexe, il entraînait une disparité de traitement injustifiée par rapport aux déclarations visées au premier paragraphe. De cette manière, la Cour constitutionnelle permettait l'utilisation par le juge du fond des déclarations faites par un accusé dans une procédure connexe, indépendamment de la question de savoir si la personne contre laquelle elles étaient utilisées avait eu la possibilité d'en interroger ou d'en faire interroger l'auteur à un stade quelconque de la procédure. D'ailleurs, la Cour constitutionnelle ne fit aucune référence aux garanties d'équité de la procédure énoncées à l'article 6 de la Convention ni aux critères découlant de la jurisprudence de la Cour.

## **B. Développements postérieurs à la condamnation définitive du requérant**

27. Par la loi n° 267 du 7 août 1997 le parlement révisa l'article 513 en vue de le rendre conforme au principe du contradictoire. En substance, les déclarations faites par un coïnculpé ou par un accusé dans une procédure connexe ne pouvaient plus être utilisées contre une autre personne sans son consentement dans le cas où l'auteur des déclarations userait de sa faculté de garder le silence.

28. Toutefois, par son arrêt n° 361 du 2 novembre 1998 la Cour constitutionnelle déclara à nouveau l'article 513 inconstitutionnel, cette fois-ci dans son intégralité. Selon la Cour constitutionnelle, l'exclusion de la possibilité pour le juge du fond d'utiliser pareilles déclarations en cas de silence de l'auteur comportait le risque d'une perte de preuves pouvant aider le juge dans sa décision, risque subordonné à la seule volonté de l'auteur des déclarations.

29. A la suite de ce dernier arrêt, par la loi de révision constitutionnelle n° 2 du 23 novembre 1999 le parlement décida d'inscrire le principe du procès équitable dans la Constitution elle-même. L'article 111 de la Constitution, dans sa nouvelle formulation, se lit ainsi :

« 1. La juridiction est exercée par le biais d'un procès équitable, régi par la loi.

2. Chaque procès se déroule dans le respect des principes du contradictoire et de l'égalité des armes devant un juge tiers et impartial. La loi en garantit la durée raisonnable.

3. Dans le cadre du procès pénal, la loi garantit que la personne accusée d'une infraction est, dans le plus bref délai, informée de manière confidentielle de la nature et des motifs de l'accusation portée contre elle ; qu'elle dispose du temps et des facilités nécessaires pour préparer sa défense ; qu'elle a la faculté, devant le juge, d'interroger ou

de faire interroger toute personne faisant des déclarations à sa charge, d'obtenir la convocation et l'audition de toute personne à décharge dans les mêmes conditions que celles citées par l'accusation ainsi que le versement au dossier de tout autre élément de preuve en sa faveur; qu'elle est assistée d'un interprète si elle ne comprend pas ou si elle ne parle pas la langue employée au procès.

4. Le procès pénal est régi par le principe du contradictoire concernant l'examen des moyens de preuve. La culpabilité de l'accusé ne peut pas être prouvée sur la base de déclarations faites par une personne qui s'est toujours librement et volontairement soustraite à l'audition par l'accusé ou son défenseur.

5. La loi régleme les cas où un examen contradictoire des moyens de preuve n'a pas lieu, avec le consentement de l'accusé ou en raison d'une impossibilité objective dûment prouvée ou encore en raison d'un comportement illicite dûment prouvé.»

30. Par la loi n° 35 du 25 février 2000, le Parlement italien a précisé dans quelles limites l'article 111 révisé de la Constitution s'applique aux procès en cours. En particulier, dans certains cas les anciennes règles continuent de s'appliquer.

Par ailleurs, un projet de loi unifié devant mettre en œuvre la révision constitutionnelle a été adopté par le parlement le 14 février 2001. Entre autres, cette loi de mise en œuvre modifie l'article 513 CPP en ce sens que, si l'auteur de déclarations prononcées avant les débats use de sa faculté de ne pas répondre, en règle générale ses déclarations pourront être versées au dossier si les parties donnent leur accord. Cependant, au moins dans certains cas les anciennes règles continueront de s'appliquer aux procès en cours.

## EN DROIT

### I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 6 §§ 1 ET 3 d) DE LA CONVENTION

31. Le requérant se plaint du caractère inéquitable de la procédure pénale dont il a fait l'objet et allègue avoir été condamné sur la base des déclarations faites par N. au procureur de la République, sans avoir eu la possibilité de l'interroger ou de le faire interroger. Il invoque l'article 6 §§ 1 et 3d) de la Convention qui, en ses parties pertinentes, est ainsi libellé :

« 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement (...) par un tribunal (...) qui décidera (...) du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. (...)

(...)

3. Tout accusé a droit notamment à :

(...)

d) interroger ou faire interroger les témoins à charge (...)

(...)

32. Le Gouvernement soutient qu'en principe, dans le système juridique italien, tout accusé a le droit d'interroger les témoins à charge. Cependant, afin de permettre aux juges d'établir les faits de la cause, il est possible, dans certains cas et sous réserve du respect des conditions fixées par la loi, d'utiliser pour la décision des éléments qui ont été recueillis dans le cadre des investigations préliminaires.

33. Dans la présente affaire, N. n'était pas, aux termes de la législation italienne pertinente, un «témoin» mais une «personne accusée dans une procédure connexe», qui avait à ce titre le droit de garder le silence. Or comme la Cour elle-même l'a reconnu dans l'affaire *Saunders c. Royaume-Uni* (arrêt du 17 décembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI, p. 2064, § 68), «même si l'article 6 de la Convention ne le mentionne pas expressément, le droit de se taire et – l'une de ses composantes – le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au cœur de la notion de procès équitable consacrée par ledit article». De ce fait, les autorités nationales ne pouvaient que prendre acte de la décision de N. de ne pas témoigner, car l'obliger à réitérer ses déclarations dans le cadre des débats aurait entraîné une violation de ses droits fondamentaux.

34. Le Gouvernement souligne que trois intérêts sont en cause : celui du coïnculpé à garder le silence, celui de l'accusé à interroger le témoin coïnculpé et celui de l'autorité judiciaire à ne pas perdre les preuves recueillies pendant l'enquête. La question est si complexe que les dispositions régissant l'utilisation des déclarations d'un témoin à charge qui est en même temps coïnculpé ont été à plusieurs reprises examinées par la Cour constitutionnelle italienne et ont subi des modifications. En particulier, dans sa jurisprudence la Cour constitutionnelle a rappelé le principe de la «non-perte» («*non dispersione*») des moyens de preuve recueillis pendant l'instruction.

35. Le Gouvernement fait observer enfin que, le 10 septembre 1997, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté la Recommandation n° R (97) 13, portant sur l'intimidation des témoins et les droits de la défense, qui suggère aux Etats d'utiliser «les dépositions faites devant une autorité judiciaire au cours de l'audition préliminaire comme ayant la valeur d'un témoignage devant le tribunal, lorsque la comparution du témoin devant le tribunal ne saurait être envisagée ou lorsque celle-ci pourrait entraîner une menace grave et sérieuse pour sa vie ou sa sécurité personnelle ou celle de ses proches».

36. Le requérant s'oppose aux thèses du Gouvernement. Il observe qu'il ne conteste pas l'application, par les juridictions nationales, des dispositions en vigueur à l'époque des faits, mais la compatibilité de ces

dispositions avec les principes de la Convention. Par ailleurs, le fait que le Parlement italien ait décidé le 7 août 1997 de modifier l'article 513 CPP ne peut que confirmer l'opinion selon laquelle la disposition en question enfreignait le «droit à la preuve» de toute personne accusée. Il souligne, enfin, que les déclarations de N. constituaient le seul élément de preuve à sa charge.

37. Étant donné 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, la Cour examinera le grief sous l'angle de ces deux textes combinés (voir, parmi beaucoup d'autres, l'arrêt *Van Mechelen et autres c. Pays-Bas* du 23 avril 1997, *Recueil* 1997-III, p. 711, § 49).

38. La Cour rappelle que la recevabilité des preuves relève au premier chef des règles du droit interne et qu'en principe il revient aux juridictions nationales d'apprécier les éléments recueillis par elles. La tâche assignée à la Cour par la Convention ne consiste pas à se prononcer sur le point de savoir si des dépositions de témoins ont été à bon droit admises comme preuves, mais à rechercher si la procédure considérée dans son ensemble, y compris le mode de présentation des moyens de preuve, a revêtu un caractère équitable (voir, entre autres, les arrêts *Doorson c. Pays-Bas* du 26 mars 1996, *Recueil* 1996-II, p. 470, § 67, et *Van Mechelen et autres* précité, p. 711, § 50).

39. Or les éléments de preuve doivent en principe être produits devant l'accusé en audience publique, en vue d'un débat contradictoire. Ce principe ne va pas sans exceptions, mais on ne peut les accepter que sous réserve des droits de la défense; en règle générale, les paragraphes 1 et 3 d) de l'article 6 commandent d'accorder à l'accusé une occasion adéquate et suffisante de contester un témoignage à charge et d'en interroger l'auteur, au moment de la déposition ou plus tard (arrêts *Lüdi c. Suisse* du 15 juin 1992, série A n° 238, p. 21, § 49, et *Van Mechelen et autres*, précité, p. 711, § 51).

40. En effet, comme la Cour l'a précisé à plusieurs reprises (voir, entre autres, les arrêts *Isgro c. Italie* du 19 février 1991, série A n° 194-A, p. 12, § 34, et *Lüdi* précité, p. 21, § 47), dans certaines circonstances il peut s'avérer nécessaire, pour les autorités judiciaires, d'avoir recours à des dépositions remontant à la phase de l'instruction préparatoire, notamment lors du refus de les réitérer en public par crainte des conséquences pour la sécurité de l'auteur des dépositions, ce qui peut être le cas dans le cadre de procès visant les agissements d'organisations mafieuses. Si l'accusé a eu une occasion adéquate et suffisante de contester pareilles dépositions, au moment où elles sont faites ou plus tard, leur utilisation ne se heurte pas en soi à l'article 6 §§ 1 et 3 d). Il s'ensuit, cependant, que les droits de la défense sont restreints de manière incompatible avec les garanties de l'article 6 lorsqu'une condamnation se fonde, uniquement ou dans une mesure déterminante, sur des dépositions faites par une personne que l'accusé n'a pu interroger ou faire interroger ni au stade de l'instruction ni

pendant les débats (voir les arrêts *Unterpertinger c. Autriche* du 24 novembre 1986, série A n° 110, pp. 14-15, §§ 31-33, *Saidi c. France* du 20 septembre 1993, série A n° 261-C, pp. 56-57, §§ 43-44, et *Van Mechelen et autres* précité, p. 712, § 55; voir aussi *Dorigo c. Italie*, requête n° 33286/96, rapport de la Commission du 9 septembre 1998, § 43, non publié, et, sur cette même affaire, Résolution du Comité des Ministres DH (99) 258 du 15 avril 1999).

41. Dans ce contexte, la circonstance que pareilles dépositions proviennent d'un coïnculpé, comme dans le cas d'espèce, et non d'un témoin n'est pas pertinente. A cet égard, la Cour souligne que le terme «témoin» a, dans le système de la Convention, un sens «autonome» (arrêt *Vidal c. Belgique* du 22 avril 1992, série A n° 235-B, pp. 32-33, § 33). Ainsi, dès lors qu'une déposition, qu'elle soit faite par un témoin *stricto sensu* ou par un coïnculpé, est susceptible de fonder, d'une manière substantielle, la condamnation du prévenu, elle constitue un témoignage à charge et les garanties prévues par l'article 6 §§ 1 et 3 d) de la Convention lui sont applicables (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Ferrantelli et Santangelo c. Italie* du 7 août 1996, *Recueil* 1996-III, pp. 950-951, §§ 51-52).

42. A la lumière de ce qui précède, les arguments invoqués par la Cour de cassation dans son arrêt du 19 octobre 1995 pour rejeter le moyen de recours fondé sur l'article 6 § 3 d) de la Convention, repris en partie par le Gouvernement, ne paraissent donc pas pertinents. En particulier, le fait que le droit national en vigueur à l'époque (paragraphe 26 ci-dessus) prévoyait que, face au refus du coïnculpé de témoigner, les déclarations formulées avant les débats pouvaient être utilisées par le juge, ne saurait priver l'inculpé du droit, que l'article 6 § 3 d) lui reconnaît, d'examiner ou de faire examiner de manière contradictoire tout élément de preuve substantiel à sa charge.

43. En l'espèce, la Cour relève que, pour conclure à la condamnation du requérant, les juridictions nationales se sont fondées exclusivement sur les déclarations faites par N. avant le procès et que ni le requérant ni son défenseur n'ont eu, à aucun stade de la procédure, la possibilité de l'interroger.

44. Dans ces conditions, on ne saurait conclure que le requérant a bénéficié d'une occasion adéquate et suffisante de contester les déclarations sur lesquelles sa condamnation s'est fondée.

45. L'intéressé n'a donc pas bénéficié d'un procès équitable ; dès lors, il y a eu violation de l'article 6 §§ 1 et 3 d).

## 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

47. Le requérant affirme avoir été incarcéré et condamné injustement, ce qui l'a empêché de travailler et a eu des répercussions négatives sur sa vie privée et familiale. De ce fait, il allègue d'importants préjudices matériels et moraux résultant de la violation de la Convention, s'élevant selon lui à 500 000 000 liras italiennes (ITL).

48. La Cour n'aperçoit pas de lien de causalité entre la violation de l'article 6 de la Convention et le dommage matériel allégué par le requérant. En effet, elle ne saurait spéculer sur ce qu'aurait été l'issue d'une procédure conforme à l'article 6 §§ 1 et 3 d). Partant, elle rejette les prétentions du requérant à ce titre (arrêt *Coëme et autres c. Belgique* [GC], n<sup>os</sup> 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96, § 155, CEDH 2000-VII).

En revanche, elle juge que le requérant a subi un certain préjudice moral, que la simple constatation de violation ne saurait compenser. Statuant en équité, conformément à l'article 41 de la Convention, la Cour décide de lui octroyer la somme de 15 000 000 ITL.

### B. Frais et dépens

49. L'intéressé sollicite également le remboursement des frais divers engagés devant les instances nationales et les organes de la Convention.

50. Selon la jurisprudence constante de la Cour, l'allocation des frais et dépens exposés par le requérant ne peut intervenir que dans la mesure où se trouvent établis leur réalité, leur nécessité et le caractère raisonnable de leur taux (voir, notamment, l'arrêt *Zimmermann et Steiner c. Suisse* du 13 juillet 1983, série A n<sup>o</sup> 66, p. 14, § 36). La Cour relève toutefois que le requérant n'a donné aucune précision sur les frais dont il réclame le remboursement. Il convient dès lors de rejeter sa demande de remboursement des frais assumés devant les juridictions internes.

51. Pour ce qui est des frais exposés devant les organes de la Convention, la Cour estime que l'affaire revêtait une certaine complexité. Le requérant n'a cependant pas fourni de pièces justificatives. Toutefois, au vu des diligences écrites manifestement accomplies par son avocat, la Cour considère qu'il convient de lui allouer en équité la somme forfaitaire de 3 000 000 ITL, tous frais confondus.



### C. Intérêts moratoires

52. Selon les informations dont la Cour dispose, le taux d'intérêt légal applicable en Italie à la date d'adoption du présent arrêt est de 3,5 % l'an.

#### PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 6 §§ 1 et 3 d) de la Convention;
2. *Dit*, par six voix contre une,
  - a) que l'Etat défendeur doit verser au requérant, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, 15 000 000 ITL (quinze millions de lires italiennes) pour dommage moral et 3 000 000 ITL (trois millions de lires italiennes) pour frais et dépens;
  - b) que ces montants seront à majorer d'un intérêt simple de 3,5 % l'an à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement;
3. *Rejette*, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 27 février 2001, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Michael O'BOYLE  
Greffier

Elisabeth PALM  
Présidente

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

E.P.  
M.O'B.

## OPINION EN PARTIE CONCORDANTE DE M. LE JUGE ZUPANČIČ

(Traduction)

### I.

Dans les affaires où des vices de procédure entachent la crédibilité juridique de la condamnation, le problème de la «satisfaction équitable» demeure. Dans mon opinion séparée jointe aux arrêts *Cable et autres* et *Hood c. Royaume-Uni* ([GC], n<sup>os</sup> 24436/94 et suivants, 18 février 1999, non publié, et [GC], n<sup>o</sup> 27267/95, CEDH 1999-I), j'avais souligné l'absurdité qu'il y a à séparer artificiellement l'injustice *procédurale* de son résultat *substantiel*. Au regard de la Convention, il ne s'agit pas de «simples» erreurs de procédure qui ne seraient à prendre en compte que dans la mesure où elles rejaillissent sur la recherche de la vérité dans une procédure pénale donnée et sur le bien-fondé de la condamnation qui en résulte. Elles figurent elles-mêmes parmi les violations *substantielles* les plus graves des droits de l'homme. Les auteurs de la Convention avaient pensé à l'origine que ces erreurs de procédure entraient dans les quelques rares situations où un arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme serait directement exécutoire de manière à renverser la décision judiciaire interne. Nous parlons ici de garanties légales substantielles.

En droit interne, il existe deux moyens essentiels possibles de redresser les violations des droits de l'homme concernant la procédure, selon la personne qui commet ces violations et le stade de la procédure pénale où celles-ci se produisent. Ces deux moyens sont 1. la règle de l'exclusion et 2. un procès en révision de l'ensemble de l'affaire. La règle de l'exclusion, pendant du droit de ne pas s'incriminer soi-même, s'applique surtout à la phase *focusi* avant le procès lorsque la violation est le fait de la police. Le recours du procès *de novo* entre en jeu lorsque la juridiction de première instance, et non la police, a commis ce que l'on appelle parfois en droit continental «une erreur procédurale absolument fondamentale». Ces erreurs coïncident souvent avec des violations de droits de l'homme relatives à la procédure.

Dans le cadre de l'article 41 se pose la question de savoir si notre «satisfaction équitable» financière ne représente pas un remède totalement inapproprié pour les violations des droits de l'homme de nature procédurale dans le cas où, par suite de ces violations, la personne qui n'a pas bénéficié d'un procès pénal équitable demeure en prison.

L'octroi d'une somme d'argent à titre de satisfaction équitable n'est logique que si nous posons comme prémisses que des procédures pénales

gravement viciées peuvent néanmoins déboucher sur des condamnations justes sur le fond. Si telle est la prémisse, je doute que les auteurs de la Convention auraient considéré les violations de nature procédurale en soi comme de graves atteintes aux droits de l'homme auxquelles ils ont consacré une part importante de la Convention. Comme un large pan de notre jurisprudence traite des conditions procédurales essentielles du procès équitable énoncées aux articles 5, 6, etc., je pense que nous manquerions de logique si nous partions du principe que la procédure, équitable ou non, est simplement un moyen d'aboutir à une condamnation correcte quant au fond et que ce qui importe en dernière analyse est le point de savoir si la condamnation est un «vrai positif». D'un point de vue épistémologique, la crédibilité de la condamnation et de l'acquiescement ne peut en toute hypothèse être éprouvée que par le biais d'une procédure sans faille. Il s'ensuit inévitablement que le seul recours qui convienne est un procès en révision.

La majorité affirme qu'elle ne saurait spéculer sur l'issue qu'aurait l'affaire si l'on recommençait la procédure et si l'irrégularité était corrigée. Mais elle suppose alors implicitement que si la procédure avait été régulière, l'affaire *aurait* été tranchée à l'identique (condamnation). Dans les affaires *Cable et autres* et *Hood* précitées, nous avons estimé que le simple constat d'une violation constituait un redressement suffisant, ce qui du moins concorde avec l'attitude agnostique adoptée vis-à-vis de la justice (ou de l'injustice) de la condamnation ultime.

Je soutiens toutefois qu'une procédure pénale entachée de graves violations des droits de l'homme *ne peut a priori* déboucher sur une condamnation acceptable sur le fond. Affirmer le contraire revient à souscrire au point de vue inquisitoire classique selon lequel la fin justifie les moyens.

Si l'on en veut une preuve en droit international, l'on peut se référer à la Convention des Nations unies contre la torture («la CCT»). La CCT énonce catégoriquement qu'aucun élément obtenu directement ou indirectement par la torture ne doit parvenir, que ce soit par écrit ou oralement, à celui (juge ou jury) qui statue sur l'affaire pénale. La CCT commande d'exclure de telles preuves en dépit du fait que des aveux et autres éléments de preuve extorqués sous la torture puissent aider à la recherche de la vérité à laquelle tend la procédure pénale : *confessio regina probationum*. Si la règle de l'exclusion est méconnue, la procédure doit être rouverte *ab initio* ; il faut ensuite s'en tenir strictement à l'exclusion des éléments de preuve viciés. *A fortiori*, lorsque le vice de procédure, tel le refus d'interroger des témoins, porte irrémédiablement atteinte à la mission de recherche de la vérité que poursuit la procédure pénale, il faut un procès *de novo*.

Dans l'arrêt *Scozzari et Giunta c. Italie* ([GC], n<sup>os</sup> 39221/98 et 41963/98, § 249, CEDH 2000-VIII), nous avons fait un pas vers la solution de ce

problème. Nous avons fortement recommandé de s'orienter vers une *restitutio in integrum pro futuro*<sup>1</sup>. Certes, l'affaire *Scozzari et Giunta* concernait une situation non définitive relevant du droit de la famille, alors que nous sommes confrontés ici au caractère définitif d'une condamnation pénale. J'ai néanmoins préconisé en l'espèce une recommandation dans le même sens. Les Hautes Parties contractantes à la Convention sont nombreuses à avoir d'ores et déjà adopté dans leur droit procédural interne une disposition d'après laquelle un jugement de droit pénal ou de droit privé qui sinon serait définitif peut faire l'objet d'un procès en révision dans le cas où la Cour viendrait à constater une violation de la Convention.

Dès lors, il est selon moi inacceptable – dans une affaire où l'accusé n'a pu interroger ou faire interroger les témoins – d'allouer 15 000 000 livres italiennes à titre de «satisfaction équitable» pour préjudice moral, prétendument pour «perte de chances réelles [c'est-à-dire procédurales]»<sup>2</sup>.

## II.

Un examen attentif des travaux préparatoires de ce qui est aujourd'hui l'article 41 (ancien article 50) fait apparaître quelles étaient les intentions initiales des pères fondateurs de la Convention. La version originale de

---

1. «La Cour souligne tout d'abord qu'en vertu de l'article 46 de la Convention les Parties contractantes se sont engagées à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties, le Comité des Ministres étant chargé d'en surveiller l'exécution. Il en découle notamment que l'Etat défendeur, reconnu responsable d'une violation de la Convention ou de ses Protocoles, est appelé non seulement à verser aux intéressés les sommes allouées à titre de satisfaction équitable, mais aussi à choisir, sous le contrôle du Comité des Ministres, les mesures générales et/ou, le cas échéant, individuelles à adopter dans son ordre juridique interne *afin de mettre un terme à la violation constatée par la Cour et d'en effacer autant que possible les conséquences* (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt Papamichalopoulos et autres c. Grèce (article 50) du 31 octobre 1995, série A n° 330-B, pp. 58-59, § 34). Il est entendu en outre que l'Etat défendeur reste libre, sous le contrôle du Comité des Ministres, de choisir les moyens de s'acquitter de son obligation juridique au regard de l'article 46 de la Convention pour autant que *ces moyens soient compatibles avec les conclusions contenues dans l'arrêt de la Cour.*» (Mis en italique par moi)

2. Pour un cas semblable, voir l'arrêt *Delta c. France* du 19 décembre 1990, série A n° 191-A, pp. 17-18, § 43: «La seule base à retenir pour l'octroi d'une satisfaction équitable réside en l'espèce dans le fait que le requérant n'a pas joui de toutes les garanties de l'article 6. La Cour ne saurait certes spéculer sur ce qu'eût été l'issue du procès dans le cas contraire, mais n'estime pas déraisonnable de penser que l'intéressé a éprouvé une perte de chances réelles (voir entre autres, *mutatis mutandis*, les arrêts Goddi [c. Italie] du 9 avril 1984, série A n° 76, pp. 13-14, §§ 35-36, et Colozza [c. Italie] du 12 février 1985, série A n° 89, p. 17, § 38).» Dans l'arrêt *Cable et autres c. Royaume-Uni* ([GC], n° 24436/94 et suivants, 18 février 1999, non publié), nous avons par contre estimé que le simple constat d'une violation constituait une satisfaction morale suffisante. La jurisprudence renferme donc des discordances. Dans les deux cas, les requérants ont continué à purger leur peine.

l'article que P.-H. Teitgen présenta le 5 septembre 1949 était ainsi libellée :

« L'arrêt de la Cour pourra prescrire à l'Etat intéressé : 1. *d'annuler, de suspendre ou d'amender la décision incriminée* ; 2. de réparer le dommage causé ; 3. de requérir contre la ou les personnes responsables les sanctions pénales, administratives ou civiles encourues. »<sup>1</sup> (Mis en italique par moi)

Le Comité d'experts des Droits de l'Homme, composé de représentants des gouvernements, modifia ce libellé par la suite. Le délégué italien, T. Perassi, membre de la Cour permanente d'arbitrage, proposa un amendement qui a abouti à la version actuelle de l'article 41<sup>2</sup>.

Cette disposition s'inspirait du *Traité germano-suisse d'arbitrage et de conciliation* de 1921 (article 10) et de l'*Acte général de Genève pour le règlement pacifique des différends internationaux* de 1928 (article 32). Certes, ces dispositions visaient des situations interétatiques particulières dans lesquelles l'Etat partie à un accord d'arbitrage n'était pas en mesure de modifier son droit interne mais était disposé à accorder une satisfaction équitable d'un autre ordre. L'arbitrage avait pour base une compensation extrajudiciaire pour le dommage qu'un Etat étranger avait causé à un individu.

Le membre de phrase « *si le droit interne de la (...) Partie (...) ne permet qu'imparfaitement d'effacer (...)* » est logique pour les différends interétatiques dans lesquels l'Etat était prêt, d'un point de vue politique, à fournir à l'individu lésé une compensation à la restitution, mais ne pouvait le faire en raison de dispositions spécifiques de son droit interne, d'habitude le droit constitutionnel. Cette disposition tendait donc à contourner les obstacles juridiques internes et à transférer la question de la compensation au niveau de la protection diplomatique interétatique. C'est aussi pourquoi, comme nous le verrons, ces termes sont difficiles à interpréter dans le cadre de la Convention. A ma connaissance, la Cour n'a jamais pleinement interprété les termes « *le droit interne de la (...) Partie (...) ne permet qu'imparfaitement d'effacer (...)* ».

Dans le cadre de la Convention, ce membre de phrase, repris d'un accord d'arbitrage interétatique, a deux significations possibles. On peut

---

1. « Rapport de la Commission sur les questions juridiques et administratives de l'Assemblée consultative [désormais parlementaire] », rapport préparé par P.-H. Teitgen ; voir *Recueil des travaux préparatoires de la Convention des Droits de l'Homme*, Conseil de l'Europe, volume I, La Haye, Martinus Nijhoff, 1975, p. 213.

2. La version originale de ce texte était ainsi libellée : « Si la décision de la Cour déclare qu'une décision prise, ou une mesure ordonnée par une autorité judiciaire ou toute autre autorité d'une Partie Contractante se trouve entièrement ou partiellement en opposition avec des obligations découlant de la présente Convention, et si le droit interne de ladite Partie ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences de cette décision ou de cette mesure, la décision de la Cour accorde, s'il y a lieu, à la partie lésée, une satisfaction équitable. » (Mis en italique par moi)

le mettre sur un lit de Procruste afin de lui donner n'importe quel sens, dans la mesure où il se contente de redire qu'il faut prouver que le droit interne ne permet pas de régler la violation des droits de l'homme dont il s'agit. Comme les voies de recours internes devront être épuisées avant que l'affaire n'arrive à la Cour, cette disposition, préalable formel à l'octroi d'une satisfaction équitable, semble tautologique.

La question peut aussi être inversée. La Convention n'est pas un accord d'arbitrage. Maintes violations d'ordre procédural des droits de l'homme ne peuvent être redressées par une «satisfaction équitable» financière. Les craintes d'une atteinte à la souveraineté nationale qui planaient sur le Comité d'experts des Droits de l'Homme en 1949 ne sont à l'évidence plus de mise aujourd'hui. La situation sous-jacente a radicalement changé; le démontre aisément le fait que les Etats soient aussi nombreux à avoir renoncé *sua sponte* à cet aspect de la souveraineté nationale et, en adoptant une législation spécifique, aient soumis les arrêts définitifs de leurs juridictions pénales et de droit privé à un procès *de novo*<sup>1</sup>. En cas de procès en révision, le constat par la Cour d'une violation passe pour un *novum factum* juridique. Cela implique, bien entendu, que les constats de notre Cour doivent avoir un effet contraignant direct sur les juridictions nationales de première instance qui rejugent les affaires. On ne peut se contenter de rien de moins si l'on veut dans une affaire comme celle de l'espèce que justice soit faite.

La seconde interprétation, plus raisonnable, du membre de phrase « *si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences (...)* » doit à mon avis être celle-ci. Avant que la Cour n'accorde une satisfaction équitable d'ordre financier, ces termes essentiels présupposent logiquement (argument *a contrario*) que la Haute Partie contractante aura tout mis en œuvre dans le cadre de son système juridique pour redresser la violation en cause. Les voies de recours internes ayant été épuisées au moyen des recours judiciaires successifs *avant* que l'affaire ne parvienne à la Cour, il faut en déduire dans la plupart des cas que «le droit interne de la Haute Partie contractante» ne permettait pas d'effacer (...) «les conséquences de cette violation».

L'implication logique n'est toutefois pas que le système juridique interne ne peut réagir et corriger la violation *une fois* que la Cour l'a constatée. Ainsi, dans la présente affaire, l'article 632 § 1 b) du code italien de procédure pénale habilite le *procuratore generale presso la corte di appello* à requérir un procès en révision et la cour d'appel a la compétence de l'ordonner. Dès lors, en bonne logique, il n'est pas nécessaire que la violation soit effacée seulement en partie; elle peut l'être totalement.

---

1. Voir Pradal et Corstens, *Droit pénal européen*, Dalloz, 1999, p. 277, et notes 5, 6, 7 et 8.

Se pose certes le problème de la succession des événements dans le temps. *Avant* que l'affaire ne parvienne à la Cour, le système juridique interne n'a pas enregistré la violation de la Convention. Il est toutefois souvent susceptible de réparer le dommage *ultérieurement*, une fois que la Cour constate la violation. Quand elle rend son arrêt, la Cour ne devrait donc pas supposer *a priori* que le système juridique interne est dans l'incapacité d'assurer une *restitutio in integrum*<sup>1</sup>.

La Cour devrait à tout le moins examiner si le système juridique interne peut (ou ne peut pas) assurer la *restitutio in integrum*; l'impossibilité de la fournir est la condition juridique préalable stricte à l'octroi par la Cour d'une satisfaction équitable d'ordre financier. Celle-ci constitue à l'évidence un *ultimum remedium*.

D'un autre côté, l'article 1 de la Convention fait obligation à l'Etat partie à celle-ci de reconnaître « à toute personne relevant de [sa] juridiction les droits et libertés définis au titre 1 de la (...) Convention ». Il ne serait pas logique de présumer que cette obligation cesse simplement d'exister, éventuellement après que la satisfaction équitable financière aura été versée, une fois que la Cour a constaté que l'Etat concerné a failli à son obligation de reconnaître au requérant un droit procédural essentiel défini à l'article 6 § 3 b).

Défendre cette position impliquerait l'existence d'un rapport de *quid pro quo* entre un droit de l'homme d'ordre procédural essentiel (et peut-être la liberté) du requérant d'une part et le versement d'une somme d'argent de l'autre. En dépit de l'arrêt *Delta* précité, j'ai du mal à admettre une relation aussi réductrice entre un droit de l'homme et le remède à sa violation.

### III.

Vu ce qu'énonce l'article 1 de la Convention, il ne fait aucun doute que l'Etat partie à celle-ci est dans l'obligation *morale* de redresser la violation d'un droit de l'homme que la Cour a constatée. L'article 41 faisant état de l'impossibilité d'effacer parfaitement la violation (en en faisant le préalable juridique négatif à l'octroi d'une satisfaction équitable), l'Etat partie à la Convention est aussi dans l'obligation *juridique* d'envisager toutes les possibilités qu'offre son droit interne pour aboutir à une *restitutio in integrum*.

---

1. Le terme anglais inapproprié de *reparation*, qui est repris d'un accord d'arbitrage, signifierait *stricto sensu* une *réparation pécuniaire* pour le dommage subi par le requérant. (Le texte français dit: « (...) permet (...) d'effacer (...) ».) La Cour a toutefois donné à entendre que ces termes, recouvrant la condition préalable d'une satisfaction équitable, visaient une *restitutio in integrum*. Voir l'arrêt *Scozzari et Giunta* précité.

Donner à entendre que cette obligation juridique de *restitutio in integrum* cesse d'exister une fois que notre Cour a constaté une violation, qu'elle octroie ou non une satisfaction équitable, irait à l'encontre de l'article 1 comme de l'article 41. A l'encontre de l'article 1, qui implique clairement que les États sont tenus de tout mettre en œuvre pour redresser la violation. Comme c'est là toute la finalité de la Convention, cela vaut *a fortiori après que* le système juridique interne a manqué à déceler cette violation qui a, par la suite, été identifiée par le dispositif de Strasbourg. A l'encontre de l'article 41, qui présuppose une restitution pleine et entière sauf si le droit interne se révèle d'un point de vue constitutionnel incapable de la fournir<sup>1</sup>.

Pour replacer les choses en perspective, je soulignerai que dans certaines affaires, comme celles concernant des violations de l'article 1 du Protocole n° 1, une réparation financière est le mode de redressement par excellence. Dans d'autres affaires, les conséquences de la violation de tel ou tel droit de l'homme, par exemple les affaires portant sur les articles 2 et 3, sont véritablement irréversibles et ne peuvent être atténuées, quoique toujours de manière insuffisante, par l'octroi d'une satisfaction équitable d'ordre financier. Par contre, dans des situations comme celle-ci qui découlent du procès inéquitable du requérant, une *restitutio in integrum* est éminemment possible. Elle implique que toute l'affaire soit rejugée.

---

1. Pour se conformer à cette logique, la Cour devrait scinder sa procédure en deux phases. Dans la première, elle rechercherait s'il y a eu violation. Au cours de la seconde, il incomberait à l'État concerné de démontrer que son droit interne ne peut fournir une restitution intégrale. C'est seulement dans le cadre de cette phase que la Cour pourrait accorder une satisfaction équitable. Mais cette coupure de la procédure en deux n'allant manifestement pas se produire, il appartient au Comité des Ministres de se conformer à la logique exposée plus haut. Il serait donc très utile que nos arrêts renferment des recommandations précises sur les modes possibles de restitution tels que ceux que la Cour a énoncés dans l'arrêt *Scozzari et Giunta* précité.



LUCÀ v. ITALY  
*(Application no. 33354/96)*

FIRST SECTION

JUDGMENT OF 27 FEBRUARY 2001<sup>1</sup>

---

1. Translation; original French.



SUMMARY<sup>1</sup>**Conviction based exclusively on statements of a co-accused whom the defendant had no opportunity of examining or having examined****Article 6 §§ 1 and 3 (d)**

*Questioning of witnesses – Conviction based exclusively on statements of a co-accused whom the defendant had no opportunity of examining or having examined – Notion of a witness – Evidence for the prosecution – Right to remain silent at the trial*

\*  
\* \*

N. and C. were arrested in possession of cocaine. N. told the police that he and C. had gone to the applicant's home and had been told by him that he was prepared to supply them with cocaine. N. was originally questioned as a witness but was subsequently regarded as a "suspect" and questioned by the public prosecutor in that capacity. The applicant and C. were committed to stand trial for drug-trafficking. Separate proceedings were instituted against N. for possession of drugs. N. was called to give evidence as a "person accused in connected proceedings". However, he chose to remain silent as he was entitled to do under the domestic legislation. The applicant was as a result deprived of any opportunity of examining him or of having him examined. The criminal court noted that N.'s refusal to give evidence was lawful. As it was entitled to do under the case-law of the Constitutional Court, the criminal court admitted in evidence the statements made by the persons accused in connected proceedings. Consequently, the record of the statements made by N. to the public prosecutor were read out at the hearing. The applicant was convicted and sentenced to over eight years' imprisonment and a fine. The criminal court noted that the main evidence against the accused was the statements made by N. to the public prosecutor. The applicant's appeal to the court of appeal and to the Court of Cassation were dismissed.

*Held*

Article 6 §§ 1 and 3 (d): Where a deposition might serve to a material degree as the basis for a conviction then, irrespective of whether it had been made by a witness in the strict sense or by a co-accused, it constituted evidence for the prosecution to which the guarantees provided by Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention applied. The fact that under the domestic law in force the court could rule all statements made before the trial admissible if the co-accused refused to give evidence could not deprive the accused of the right which Article 6 § 3 (d)

---

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

afforded him to examine or have examined in adversarial proceedings any material evidence against him. In the case before the Court, the domestic courts had convicted the applicant solely on the basis of the statements made by N. before the trial and neither the applicant nor his lawyer had been given an opportunity at any stage of the proceedings to question him. The applicant had therefore not been given an adequate and proper opportunity to contest the statements on which his conviction was based.

*Conclusion:* violation (unanimously).

Article 41: The Court awarded the applicant a certain sum for non-pecuniary damage and a lump sum for costs and expenses.

### **Case-law cited by the Court**

*Zimmermann and Steiner v. Switzerland*, judgment of 13 July 1983, Series A no. 66

*Unterpertinger v. Austria*, judgment of 24 November 1986, Series A no. 110

*Isgrò v. Italy*, judgment of 19 February 1991, Series A no. 194-A

*Vidal v. Belgium*, judgment of 22 April 1992, Series A no. 235-B

*Lüdi v. Switzerland*, judgment of 15 June 1992, Series A no. 238

*Saïdi v. France*, judgment of 20 September 1993, Series A no. 261-C

*Doorson v. the Netherlands*, judgment of 26 March 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-II

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

*Van Mechelen and Others v. the Netherlands*, judgment of 23 April 1997, *Reports* 1997-III

*Dorigo v. Italy*, application no. 33286/96, Commission's report of 9 September 1998, unpublished

*Coëme and Others v. Belgium* [GC], nos. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 and 33210/96, ECHR 2000-VII

**In the case of Lucà v. Italy,**

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

Mrs E. PALM, *President*,  
Mrs W. THOMASSEN,  
Mr B. CONFORTI,  
Mr GAUKUR JÖRUNDSSON,  
Mr C. BİRSAN,  
Mr J. CASADEVALI,  
Mr B. ZUPANČIĆ, *judges*,

and Mr M. O'BOYLE, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 6 February 2001,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 33354/96) against the Italian Republic lodged with the European Commission of Human Rights ("the Commission") under former Article 25 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ("the Convention") by an Italian national, Mr Nicola Lucà ("the applicant"), on 17 January 1994.

2. The applicant was represented by Mr F. Macrí, a lawyer practising in Reggio di Calabria. The Italian Government ("the Government") were represented by their Agent, Mr U. Leanza, head of the Diplomatic Disputes Department at the Ministry of Foreign Affairs, assisted by Mr V. Esposito, co-Agent of the Government at the European Court of Human Rights.

3. Relying on Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention, the applicant alleged that he had been convicted on the basis of statements made by a witness whom he had never been given an opportunity to examine or to have examined.

4. The application was transmitted to the Court on 1 November 1998, when Protocol No. 11 to the Convention came into force (Article 5 § 2 of Protocol No. 11).

5. The application was allocated to the First Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). Within that Section, the Chamber that would consider the case (Article 27 § 1 of the Convention) was constituted as provided in Rule 26 § 1.

6. By a decision of 9 March 1999, the Chamber declared the application admissible<sup>1</sup>.

---

1. *Note by the Registry.* The Court's decision is obtainable from the Registry.

7. The applicant and the Government each filed observations on the merits (Rule 59 § 1).

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

8. The applicant, who was born in 1955, is currently detained in Cosenza Prison.

9. On 25 October 1992 N. and C. were arrested by *carabinieri* from Rocella Jonica (Reggio di Calabria) and found to be in possession of cocaine.

10. On 25 and 26 October 1992 N. was questioned, initially by the *carabinieri*, and subsequently by the Locri public prosecutor (Reggio di Calabria). He said that he had obtained part of the drugs from C. for his own use; the remainder belonged solely to C. He added that on the day of their arrest, C. had accompanied him to certain people's homes to try to buy drugs. After the evening meal they had gone to the applicant's home. The applicant had said that he was prepared to supply them with five hundred grams of cocaine to be delivered a few days later, as he was not willing to accept deferred payment and could not go out after 8 p.m. to get the drugs.

11. N. was questioned by the *carabinieri* as someone who was helping them with their inquiries ("*persona che può riferire circostanze utili ai fini delle indagini*"), not as an accused. For that reason, he was not assisted by a lawyer. However, the Locri public prosecutor subsequently decided that N. should be regarded as a "suspect" ("*indagato*"), and therefore questioned him in that capacity.

12. By an order of 12 February 1993 the Locri investigating judge committed the applicant, C. and two other suspects, Mr A. and Mr T., for trial before Locri Criminal Court for drug trafficking. A. was also accused of unlawful possession of an offensive weapon. Separate proceedings were instituted against N. for possession of drugs.

13. At the hearing on 17 July 1993, N. was called to give evidence as a person accused in connected proceedings ("*imputato in procedimento connesso*"). However, he chose to remain silent as he was entitled to do by virtue of Article 210 of the Code of Criminal Procedure (hereafter, "the CCP").

14. The lawyers acting for the accused argued that Article 513 of the CCP was unconstitutional since it was incompatible with Articles 3 and 24 of the Italian Constitution – which guaranteed the equality of citizens before the law and the right to defend oneself at all stages of the proceedings – and Article 6 of the Convention. They observed in

particular that, as construed by the Constitutional Court, Article 513 of the CCP laid down that if a person accused in connected proceedings exercised his right to remain silent, the court could read and use any statements made by him to the public prosecutor or to the investigating judge during the investigation. As a result, the accused was deprived of any opportunity of examining that person or of having him examined.

15. On the same day the Criminal Court dismissed as manifestly unfounded the objection that the provision was unconstitutional and ordered that the record of the statements made by N. to the public prosecutor should be read out. It noted that the statutory right to remain silent was intended to protect an accused, who could not be required to make statements that could be used in evidence against him. Further, the rule that statements made during preliminary investigations could be read and used had been established by the Constitutional Court itself in its judgment no. 254 of 3 June 1992.

16. In a judgment of 7 March 1994, which was lodged with the registry on 1 June 1994, Locri Criminal Court sentenced the applicant to eight years and four months' imprisonment and a fine of 54,000,000 Italian lire (approximately 183,000 French francs). C., A. and T. were also given prison sentences ranging between six and nine years.

17. The Criminal Court noted at the outset that the main evidence against the accused was the statements which N. had made to the public prosecutor, since the statements made to the *carabinieri* were inadmissible under Article 513 of the CCP. It also observed that having regard to N.'s personality and the spontaneity and precision with which his statements had been made, his depositions should be regarded as credible. The Criminal Court noted that N. had recognised a photograph of the applicant and had given an accurate description of his home and the route followed to get there. In addition, the applicant already had previous convictions under the drug-trafficking legislation and was under judicial supervision (*sorveglianza speciale*). He was prohibited from leaving his home after dusk, and that was a possible explanation for his unwillingness to go out after 8 p.m. Furthermore, the amount of cocaine found in C.'s possession showed that C. had contacts with drug dealers and meant that N.'s account of his visit to the applicant's home was probably true. It also confirmed that the negotiations that had started were genuine.

18. On 13 July 1994 the applicant appealed to Reggio di Calabria Court of Appeal. He contested, *inter alia*, the reliability of N.'s statements and complained that they had been made in breach of the adversarial principle and in the absence of a judge or of the defendants' lawyers.

19. In a judgment of 7 November 1994, Reggio di Calabria Court of Appeal followed in substance the arguments set out in the order of 17 July

1993. It upheld the decision of the court below concerning the applicant, while reducing A.'s sentence.

20. On 18 February 1995 the applicant and his co-accused appealed to the Court of Cassation. T. relied, *inter alia*, on Article 6 § 3 (d) of the Convention contending that N's statements should have been declared inadmissible in evidence.

21. In a judgment of 19 October 1995, which was lodged with the registry on 3 November 1995, the Court of Cassation dismissed the appeals of the applicant and his co-accused, holding that the grounds given by the Court of Appeal for its decision on all the disputed issues relating to the drug-trafficking count had been reasonable and correct. It overruled the impugned decision with regard to A.'s conviction for being unlawfully in possession of an offensive weapon and remitted the case to Catanzaro Court of Appeal.

22. The Court of Cassation observed among other things that Article 6 § 3 (d) of the Convention concerned "the examination of witnesses, who ... are required to tell the truth, not the examination of the accused, who are entitled to defend themselves by remaining silent or even by lying". Further, since all States that were party to the Convention had an obligation by relevant domestic legislation to regulate the examination of witnesses, it was "obvious that ... when a witness refused to give evidence, statements made to the public prosecutor ... had to be produced for the court's file".

## II. RELEVANT DOMESTIC LAW

### A. Rules in force at the material time

23. The circumstances in which statements made by an accused or co-accused before trial may be admitted in evidence are set out in Article 513 of the CCP.

24. As initially worded, the first paragraph Article 513 of the CCP provided that statements made by an accused before trial could be admitted in evidence by the trial court if the accused failed to appear or refused to repeat the statement.

25. On the other hand, the second paragraph of Article 513 concerned statements made before trial by persons accused in connected proceedings. Unlike the position under the first paragraph, the second paragraph did not permit the trial court to admit such statements in evidence if the accused exercised his right to remain silent.

26. In its judgment no. 254 of 1992, the Constitutional Court declared the second paragraph of Article 513 unconstitutional on the ground that, as the statements referred to therein could not be admitted in evidence at



trial if the accused in connected proceedings remained silent, there was an unjustified difference in treatment between those statements and statements of the type referred to in the first paragraph. The Constitutional Court thereby enabled trial courts to admit statements made by a co-accused in connected proceedings, irrespective of whether the person against whom they were being used had been given the opportunity of examining the maker of the statement or of having him examined at any stage in the proceedings. Furthermore, the Constitutional Court made no reference to the procedural safeguards embodied in Article 6 of the Convention or to the criteria established by the Court's case-law.

### **B. Developments subsequent to the applicant's final conviction**

27. By Law no. 267 of 7 August 1997 Parliament amended Article 513 with a view to making it consistent with the adversarial principle. In substance, statements made by a co-accused or by an accused in connected proceedings could no longer be used against another person without his consent if the maker of the statement exercised his right to remain silent.

28. However, in its judgment no. 361 of 2 November 1998 the Constitutional Court again declared Article 513 unconstitutional, this time in its entirety. It held that precluding the trial court from admitting such statements in evidence if the maker remained silent entailed a risk that the court would be deprived of evidence that could assist it in reaching its decision, a risk that was dependent solely on the decision of the maker of the statements.

29. Following that decision Parliament adopted the Constitutional Amendment Act no. 2 of 23 November 1999 whereby the principle of a fair trial was embodied in the Constitution itself. Article 111 of the Constitution, as now worded, reads:

“1. Jurisdiction shall be exercised through fair proceedings, conducted in accordance with rules of procedure.

2. All proceedings shall be conducted in compliance with the principles of adversarial process and equality of arms before a neutral and impartial court. The right to be tried within a reasonable time shall be guaranteed by law.

3. In criminal proceedings, the law shall guarantee that the person accused of an offence shall be informed promptly and in confidence of the nature and grounds of the charge against him; that he shall have adequate time and facilities for the preparation of his defence; that he shall be given an opportunity before the court to examine or to have examined anyone giving evidence against him, to obtain the attendance and examination of any defence witnesses on the same conditions as witnesses called by the prosecution and to obtain the production of any other evidence in his favour; and that he

will have the assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used at the trial.

4. The principle of adversarial process shall be observed during criminal proceedings with regard to the examination of evidence. An accused's guilt cannot be established on the basis of statements made by a person who has freely and wilfully eluded examination by the accused or his lawyer.

5. Rules shall be made governing the circumstances in which adversarial examination of the evidence shall be dispensed with either because the accused has consented, or because there is due evidence that such examination is objectively impossible or that there has been unlawful conduct."

30. In Law no. 35 of 25 February 2000, the Italian parliament clarified how the amended Article 111 of the Constitution would apply to trials under way. In particular, the former rules continue to apply in certain circumstances.

Further, a consolidating bill implementing that constitutional amendment was adopted by Parliament on 14 February 2001. Among other things, this implementing legislation amends Article 513 CCP by providing that if the maker of statements made before the trial exercises his right not to answer questions, his statements will, as a general rule, be admissible in evidence if the parties agree. However, the former rules will continue to apply in at least some circumstances to trials that are under way.

## THE LAW

### I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 6 §§ 1 AND 3 (d) OF THE CONVENTION

31. The applicant complained that the criminal proceedings against him had been unfair and alleged that he had been convicted on the basis of statements made to the public prosecutor, without being given an opportunity to examine the maker of the statements, N., or to have him examined. He relied on Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention, the relevant parts of which read as follows:

"1. In the determination of ... any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair ... hearing ... by [a] ... tribunal ...

...

3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:

...

(d) to examine or have examined witnesses against him ...

..."

32. The Government submitted that, in principle, the Italian legal system afforded the accused the right to examine prosecution witnesses.

However, in order to establish the facts of the case, the trial court was permitted in certain circumstances and subject to complying with the statutory conditions to rely in reaching its decision on evidence obtained during the preliminary investigation.

33. In the instant case, under the relevant Italian legislation, N. was not a “witness” but a “person accused in connected proceedings”, and was entitled to remain silent. As the Court itself had recognised in *Saunders* (see *Saunders v. the United Kingdom*, judgment of 17 December 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-VI, p. 2064, § 68), “although not specifically mentioned in Article 6 of the Convention the right to silence and the right not to incriminate oneself are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6”. Accordingly, the domestic authorities had had no alternative but to accept N.’s decision not to give evidence, since requiring him to repeat his statements at the trial would have entailed a violation of his fundamental rights.

34. The Government emphasised that three interests had been at stake: the right of the co-accused to remain silent, the right of the accused to examine a co-accused witness and the right of the judicial authority not to be deprived of evidence obtained during the investigation. The issue was so complex that the provisions governing the admissibility of the statements of a prosecution witness who was also a co-accused had been examined on several occasions by the Italian Constitutional Court and been the subject of amendments. In particular, the Constitutional Court had restated in its case-law the principle that a court should not be deprived of evidence obtained during the investigation (“*non dispersione*”).

35. The Government observed lastly that on 10 September 1997, the Committee of Ministers of the Council of Europe had adopted Recommendation No. R (97) 13, concerning intimidation of witnesses and the rights of the defence, in which it was suggested that States should use “pre-trial statements given before a judicial authority as evidence in court when it is not possible for witnesses to appear before the court or when appearing in court might result in great and actual danger to the life and security of witnesses, their relatives or other persons close to them”.

36. The applicant disagreed with the Government’s arguments. He said that his contention was not that the domestic courts had failed to apply the provisions in force at the material time, but that those provisions were incompatible with the principles set out in the Convention. Furthermore, the fact that the Italian parliament had decided on 7 August 1997 to amend Article 513 of the CCP only confirmed the view that the provision in question infringed every accused person’s “right to put the prosecution to proof”. He stressed, lastly, that N.’s statements had been the only evidence against him.

37. As the requirements of Article 6 § 3 are to be seen as particular aspects of the right to a fair trial guaranteed by Article 6 § 1, the Court will examine the complaints under those two provisions taken together (see, among many other authorities, *Van Mechelen and Others v. the Netherlands*, judgment of 23 April 1997, *Reports* 1997-III, p. 711, § 49).

38. The Court reiterates that the admissibility of evidence is primarily a matter for regulation by national law and as a general rule it is for the national courts to assess the evidence before them. The Court's task under the Convention is not to give a ruling as to whether statements of witnesses were properly admitted as evidence, but rather to ascertain whether the proceedings as a whole, including the way in which evidence was taken, were fair (see, among other authorities, *Doorson v. the Netherlands*, judgment of 26 March 1996, *Reports* 1996-II, p. 470, § 67, and *Van Mechelen and Others*, cited above, p. 711, § 50).

39. The evidence must normally be produced at a public hearing, in the presence of the accused, with a view to adversarial argument. There are exceptions to this principle, but they must not infringe the rights of the defence. As a general rule, paragraphs 1 and 3 (d) of Article 6 require that the defendant be given an adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him, either when he makes his statement or at a later stage (see *Lüdi v. Switzerland*, judgment of 15 June 1992, Series A no. 238, p. 21, § 49, and *Van Mechelen and Others*, cited above, p. 711, § 51).

40. As the Court has stated on a number of occasions (see, among other authorities, *Isgrò v. Italy*, judgment of 19 February 1991, Series A no. 194-A, p. 12, § 34, and *Lüdi*, cited above, p. 21, § 47), it may prove necessary in certain circumstances to refer to depositions made during the investigative stage (in particular, where a witness refuses to repeat his deposition in public owing to fears for his safety, a not infrequent occurrence in trials concerning Mafia-type organisations). If the defendant has been given an adequate and proper opportunity to challenge the depositions, either when made or at a later stage, their admission in evidence will not in itself contravene Article 6 §§ 1 and 3 (d). The corollary of that, however, is that where a conviction is based solely or to a decisive degree on depositions that have been made by a person whom the accused has had no opportunity to examine or to have examined, whether during the investigation or at the trial, the rights of the defence are restricted to an extent that is incompatible with the guarantees provided by Article 6 (see *Unterpertinger v. Austria*, judgment of 24 November 1986, Series A no. 110, pp. 14-15, §§ 31-33; *Saïdi v. France*, judgment of 20 September 1993, Series A no. 261-C, pp. 56-57, §§ 43-44; and *Van Mechelen and Others*, cited above, p. 712, § 55; see also *Dorigo v. Italy*, application no. 33286/96, Commission's report of 9 September 1998, § 43, unpublished, and, on the same case, Committee of Ministers Resolution DH (99) 258 of 15 April 1999).

41. In that regard, the fact that the depositions were, as here, made by a co-accused rather than by a witness is of no relevance. In that connection, the Court reiterates that the term “witness” has an “autonomous” meaning in the Convention system (see *Vidal v. Belgium*, judgment of 22 April 1992, Series A no. 235-B, pp. 32-33, § 33). Thus, where a deposition may serve to a material degree as the basis for a conviction, then, irrespective of whether it was made by a witness in the strict sense or by a co-accused, it constitutes evidence for the prosecution to which the guarantees provided by Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention apply (see, *mutatis mutandis*, *Ferrantelli and Santangelo v. Italy*, judgment of 7 August 1996, *Reports* 1996-III, pp. 950-51, §§ 51-52).

42. In the light of the foregoing, the reasons given by the Court of Cassation in its judgment of 19 October 1995 for dismissing the appeal brought under Article 6 § 3 (d) of the Convention – reasons on which the Government also relied in part – do not appear pertinent. In particular, the fact that under the domestic law in force at the material time (see paragraph 26 above) the court could rule statements made before the trial admissible if a co-accused refused to give evidence could not deprive the accused of the right which Article 6 § 3 (d) afforded him to examine or have examined in adversarial proceedings any material evidence against him.

43. In the instant case, the Court notes that the domestic courts convicted the applicant solely on the basis of statements made by N. before the trial and that neither the applicant nor his lawyer was given an opportunity at any stage of the proceedings to question him.

44. In those circumstances, the Court is not satisfied that the applicant was given an adequate and proper opportunity to contest the statements on which his conviction was based.

45. The applicant was, therefore, denied a fair trial. Accordingly, there has been a violation of Article 6 §§ 1 and 3 (d).

## 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. Damage

47. The applicant said that his conviction and imprisonment had been unjust. He had thereby been prevented from working and his private and

family life had suffered. He alleged that as a result of the violation of the Convention he had sustained substantial pecuniary and non-pecuniary damage, which he put at 500,000,000 Italian lire (ITL).

48. The Court finds no causal link between the violation of Article 6 of the Convention and the pecuniary damage alleged by the applicant. The Court cannot speculate on what the outcome of the proceedings would have been if they had complied with Article 6 §§ 1 and 3(d). Consequently, it dismisses the applicant's claims under this head (see *Cöeme and Others v. Belgium* [GC], nos. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 and 33210/96, § 155, ECHR 2000-VII).

On the other hand, it finds that the applicant sustained some non-pecuniary damage, which cannot be compensated for simply by a finding of a violation. Ruling on an equitable basis, in accordance with Article 41 of the Convention, the Court decides to award the sum of ITL 15,000,000.

### **B. Costs and expenses**

49. The applicant also sought the reimbursement of various costs that he had incurred before the domestic courts and the Convention institutions.

50. Under its settled case-law, the Court can only make an award in respect of costs and expenses incurred by the applicant if it is established that such costs and expenses were actually and necessarily incurred and were reasonable as to quantum (see, among other authorities, *Zimmermann and Steiner v. Switzerland*, judgment of 13 July 1983, Series A no. 66, p. 14, § 36). The Court notes, however, that the applicant has not provided any details of the costs of which he seeks reimbursement. It accordingly dismisses his claim for reimbursement of the costs incurred before the domestic courts.

51. As regards the costs incurred before the Convention institutions, the Court considers that aspects of the case were complex. However, the applicant has not produced any evidence in support of his claim for costs. Nevertheless, in the light of the written work which his lawyer has incontestably performed, the Court considers it appropriate to award the applicant a lump sum of ITL 3,000,000, to cover his costs.

### **C. Default interest**

52. According to the information available to the Court, the statutory rate of interest applicable in Italy at the date of adoption of the present judgment is 3.5% per annum.

## FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Holds* unanimously that there has been a violation of Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention;
2. *Holds* by six votes to one
  - (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 15,000,000 (fifteen million Italian lire) in respect of non-pecuniary damage and ITL 3,000,000 (three million Italian lire) for costs and expenses;
  - (b) that simple interest at an annual rate of 3.5% shall be payable from the expiry of the above-mentioned three months until settlement;
3. *Dismisses* unanimously the remainder of the applicant's claim for just satisfaction.

Done in French, and notified in writing on 27 February 2001, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Michael O'BOYLE  
Registrar

Elisabeth PALM  
President

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

E.P.  
M.O'B.

## PARTLY CONCURRING OPINION OF JUDGE ZUPANČIČ

## I.

In cases where procedural errors contaminate the legal credibility of conviction, there persists the problem of “just compensation”. In a separate opinion in the judgments of *Cable and Others v. the United Kingdom* and *Hood v. the United Kingdom* ([GC], nos. 24436/94 et seq., 18 February 1999, unreported, and [GC], no. 27267/95, ECHR 1999-I), I outlined the absurdity of the artificial separation of procedural injustice from its *substantive* result. According to Convention, these are not “mere” procedural errors relevant only in so far as they affect the truth-finding function of a particular criminal process and the veracity of the resulting conviction. These are among the gravest substantive human-rights violations in their own right. Originally, the framers of the Convention anticipated that these procedural errors would be among the few situations in which the judgment of the European Court of Human Rights would be directly enforceable so as to overrule the decision of the national judiciary. We are speaking here of substantive due process.

In internal law there exist two main possible remedies to correct procedural human-rights violations, depending on who commits the violations and at what stage of the criminal procedure. These two remedies are (1) the exclusionary rule and (2) the retrial of the whole case. The exclusionary rule remedy, an *alter ego* of the privilege against self-incrimination, applies mostly in the focused pre-trial phase situations where the violation has been committed by police. The remedy of trial *de novo* applies in situations where the first-instance court, rather than police, has committed what in continental law is sometimes called “an absolutely essential procedural error”. These errors often overlap with the procedural human-rights violations.

In the context of Article 41, the question arises whether our pecuniary “just satisfaction” is not an entirely inadequate remedy for procedural human-rights violations if, as a consequence of these violations, the person who has not been afforded a fair criminal trial continues to sit in prison.

Pecuniary just satisfaction is logical only if we set out from the premise that gravely tainted criminal procedures may nevertheless yield substantively just convictions. If this were the premise, however, I doubt the framers of the Convention would have considered the procedural violations *per se* as grave human-rights violations to which they dedicated a substantial portion of the Convention. Since a large proportion of our own case-law deals with essential procedural requirements of fair trial established in Articles 5, 6, etc., I doubt this would make sense if we started from the premise that the procedure, fair or not, is merely a means to a substantively correct conviction and that in the last analysis



what matters is only whether the conviction is a “true positive”. Epistemologically speaking, the credibility of conviction and acquittal, in any event, cannot be tested except through a flawless procedure. It follows ineluctably that the only adequate remedy is the retrial of the case.

The majority maintains it is not willing to speculate, should the procedure be renewed and corrected, about the alternative outcome of the case. But the majority is then implicitly speculating to the effect that the corrected procedure *would* have yielded the same result (conviction). In *Cable and Others* and *Hood*, cited above, we considered the mere finding of a violation to be a sufficient remedy, which at least is consistent with the agnostic position taken *vis-à-vis* the (in)justice of the ultimate conviction.

I maintain, however, that a criminal procedure tainted with grave human-rights violations *a priori cannot* yield a substantively acceptable conviction. To maintain otherwise is to subscribe to the classical inquisitorial standpoint that the end justifies the means.

If proof of this be needed in international law, we may refer to the United Nations Convention against Torture (“the CAT”). The CAT maintains categorically that all evidence directly and indirectly obtained by torture must be prevented from reaching the eyes or ears of those who decide the criminal case (judge or jury). The CAT requires the exclusion of such evidence despite the fact that confessions and other evidence extracted by torture may reinforce the truth-finding function of criminal procedure: *confessio regina probationum*. If exclusion is violated the procedure must be reopened *ab initio* and subsequently the exclusion of tainted evidence strictly maintained. *A fortiori*, where the procedural error, such as the refusal to examine witnesses, fatally detracts from the truth-finding function of criminal procedure, there should be a trial *de novo*.

In *Scozzari and Giunta v. Italy* ([GC], nos. 39221/98 and 41963/98, § 249, ECHR 2000-VIII), we have taken a step forward in resolving this problem. We made a strong recommendation in the direction of *restitutio in integrum pro futuro*<sup>1</sup>. Admittedly, *Scozzari and Giunta* was a non-final family law

---

1. “The Court points out that by Article 46 of the Convention the High Contracting Parties undertook to abide by the final judgments of the Court in any case to which they were parties, execution being supervised by the Committee of Ministers. It follows, *inter alia*, that a judgment in which the Court finds a breach imposes on the respondent State a legal obligation not just to pay those concerned the sums awarded by way of just satisfaction, but also to choose, subject to supervision by the Committee of Ministers, the general and/or, if appropriate, individual measures to be adopted in their domestic legal order *to put an end to the violation found by the Court and to redress so far as possible the effects* (see, *mutatis mutandis*, the *Papamichalopoulos and Others v. Greece (Article 50)* judgment of 31 October 1995, Series A no. 330-B, pp. 58-59, § 34). Furthermore, subject to monitoring by the Committee of Ministers, the respondent State remains free to choose the means by which it will discharge its legal obligation under Article 46 of the Convention, provided that *such means are compatible with the conclusions set out in the Court’s judgment.*” (emphasis added)

situation, whereas here we are faced with the finality of a criminal conviction. Nevertheless, I advocated a similar recommendation in this case. Many High Contracting Parties to the Convention have already adopted a provision in their domestic procedural law according to which an otherwise final criminal or private-law judgment becomes subject to a new trial should the Court find a violation of the Convention.

Thus, I find it unacceptable – in a situation where the defendant was not permitted to have the witnesses examined and cross-examined – then to award 15,000,000 Italian lire as “just compensation” for non-pecuniary damage, purportedly on account of his “loss of real [namely, procedural] opportunities”<sup>1</sup>.

## II.

A careful examination of the *travaux préparatoires* for what is today Article 41 (former Article 50) reveals the original intentions of the founding fathers of the Convention. The original version of the Article presented on 5 September 1949 by P.-H. Teitgen read as follows:

“The verdict of the [European] Court [of Human Rights] shall order the State concerned: (1) to annul, suspend or amend the incriminating decision; (2) to make reparation for damage caused; (3) to require the appropriate penal, administrative or civil sanctions to be applied to the person or persons responsible.”<sup>2</sup> (emphasis added)

This wording was later modified by the Committee of Experts for Human Rights composed of government representatives. The Italian delegate T. Perassi, a member of the Permanent Court of Arbitration, proposed an amendment resulting in the present version of Article 41<sup>3</sup>.

---

1. For an analogous case, see *Delta v. France*, judgment of 19 December 1990, Series A no. 191-A, pp. 17-18, § 43: “The Court notes that in the present case an award of just satisfaction can only be based on the fact that the applicant did not have the benefit of all the guarantees of Article 6. Whilst the Court cannot speculate as to the outcome of the trial had the position been otherwise, it does not find it unreasonable to regard Mr Delta as having suffered a loss of real opportunities (see, among other authorities and *mutatis mutandis*, the *Goddi v. Italy* judgment of 9 April 1984, Series A no. 76, pp. 13-14, §§ 35-36, and the *Colozza v. Italy* judgment of 12 February 1985, Series A no. 89, p. 17, § 38).” In *Cable and Others v. the United Kingdom* [GC], nos. 24436/94 et seq., 18 February 1999, unreported, however, we considered the mere finding of a violation a sufficient moral satisfaction. The case-law, therefore, is inconsistent. In both cases the applicants continued to serve their sentences.

2. See the “Report of the Committee on Legal and Administrative Questions of the Consultative [now Parliamentary] Assembly”, report prepared by P.-H. Teitgen; see the Council of Europe *Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” of the European Convention on Human Rights*, volume I, The Hague, Martinus Nijhoff, 1975, p. 212.

3. The original version of this text read as follows: “If the Court finds that a decision or a measure taken by a legal authority or of any authority of one of the High Contracting Parties, is completely or partially opposed to the obligations arising from the present Convention, and if the internal law of the said Party only allows for a partial reparation to be made for the consequences of this decision or measure, the decisions of the Court shall, if necessary accord just satisfaction to the injured party.” (emphasis added)

The provision was inspired by the 1921 German-Swiss *Treaty on Arbitration and Conciliation* (Article 10) and the *Geneva General Act for the Pacific Settlement of International Disputes* of 1928 (Article 32). Of course, these provisions were meant to deal with specific inter-State situations in which the State party to an arbitration agreement was unable to change its internal law but was willing to pay an equitable satisfaction of another kind. The basis for the arbitrage was extra-judicial compensation for the damage suffered by an individual caused to him by an alien State.

The reference to “*the internal law of the ... Party [which] allows only partial reparation to be made*” makes sense in inter-State disputes in which the State was politically willing to compensate for the restitution to the aggrieved individual, but was unable to do so due to specific provisions of its internal, usually constitutional, law. The intent of the provision, therefore, was to by-pass the internal legal impediments and to transpose the compensation question to the interstate diplomatic protection level. This is also why, as we shall see, the language is difficult to interpret in the context of the Convention. To the best of my knowledge, the sentence “*the internal law of the ... Party [which] allows only partial reparation to be made*” has never been fully interpreted by the Court.

In the context of the Convention this phrase, imported from an inter-State arbitration agreement, has two possible meanings. It either has to be put on a Procrustean bed in order to derive any sense from it, in so far as it simply reiterates that the internal law must be proven to be incapable of dealing with the human-rights violation in question. Since the domestic remedies have to be exhausted before the case reaches the Court, the provision, as a formal precondition for awarding just satisfaction, would seem redundant.

The question may also be reversed. The Convention is not an arbitration agreement. Many procedural violations of human rights cannot be compensated for by pecuniary “just satisfaction”. The fears concerning the infringement of national sovereignty which hung over the Committee of Experts for Human Rights in 1949 are clearly out of date today. That the underlying situation has radically changed can easily be proven by the fact that so many States have *sua sponte* relinquished this aspect of national sovereignty and have, by adopting specific legislation, subjected the final judgments of their criminal and private law courts to a trial *de novo*<sup>1</sup>. In such retrials the Court’s finding of a violation is taken to be a legal *novum factum*. The implication is, of course, that the findings of this Court should exert their direct binding force upon the first-instance national courts retrying the cases. Clearly, nothing less will do if justice in a case such as this one is to be done.

---

1. See Pradal and Corstens, *Droit pénal européen*, Dalloz, 1999, p. 277, and notes 5, 6, 7 and 8.

Consequently, the second, more reasonable, interpretation of the phrase “*if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made*” should in my opinion be as follows. Before the Court awards pecuniary just satisfaction, this critical phrase logically (*argumento a contrario*) presupposes that the High Contracting Party’s legal system will have done everything in its power to correct the violation in question. Since the domestic remedies have been exhausted through the hierarchy of legal appeals *before* the case has reached the Court, this in most cases implies that the “*the internal law of the High Contracting Party concerned*” did not “*allow ... [for any] ... reparation to be made*”.

This, however, does not logically imply that the internal legal system cannot react and correct the violation *after* it has been established by the Court. In this particular case, for example, under Article 632 § 1 b) of the Italian Code of Criminal Procedure the “*procuratore generale presso la corte di appello*” is empowered to request the retrial of the case and the court of appeal is empowered to grant the retrial. Logically then, the “reparation to be made” need not be “partial” only, it can be full.

Of course, there is the problem of timing. *Before* the case reached the Court the internal legal system did not register the violation of the Convention. The domestic legal system, however, is often capable of repairing the damage *later*, once the violation is notified to it by the Court. The Court, therefore, when handing down its judgment, should not *a priori* assume that the domestic legal system is incapable of full *restitutio in integrum*<sup>1</sup>.

At a minimum, the Court ought to explore the (im)possibility for the internal legal system to allow for full *restitutio in integrum* – because this impossibility of full *restitutio in integrum* is a strict legal precondition for the Court’s awarding of pecuniary just satisfaction. The pecuniary just satisfaction, that is clear, is an *ultimum remedium*.

On the other hand, Article 1 of the Convention obliges the State party to the Convention “*to secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of [the] Convention*”. It would not be logical to assume that this obligation simply ceases to exist, perhaps because the pecuniary just satisfaction will have been paid, after the Court has found that the State had failed in its obligation to secure to the applicant an essential procedural right defined in Article 6 § 3 (b).

To maintain so would be to imply that there is a *quid pro quo* relationship between an essential procedural human right (and perhaps the freedom) of the applicant on the one hand and the payment of monies on the other

---

1. The inadequate word “reparation”, coming as it does from an arbitration agreement, would *stricto sensu* mean *pecuniary compensation* for the damage incurred by the applicant. The Court, however, has implied that as a precondition to just satisfaction this word means *restitutio in integrum*. See *Scozzari and Giunta*, cited above.

hand. Despite the judgment in *Delta*, cited above, I find it difficult to accept such a reductive relationship between a human right and its remedy.

### III.

Given the provisions of Article 1 of the Convention, there can be no doubt that the State party to the Convention is under a *moral* obligation to correct the violation of the human right found by this Court. Given the reference to the impossibility of full reparation in Article 41 (as a negative legal precondition for just satisfaction) the State party to the Convention is also under a *legal* obligation to explore fully the possibilities in its internal law in order to arrive at full *restitutio in integrum*.

To suggest that this legal obligation of *restitutio in integrum* no longer exists subsequent to the finding of a violation by this Court, whether or not just satisfaction had been awarded, would go against both Article 1 and Article 41. It would go against Article 1 which clearly implies that the States are bound to do everything possible to correct the violation. Since this is the whole purpose of the Convention, this holds true *a fortiori* after it went undetected by the internal legal system but has, consequently, been identified by the so-called Strasbourg machinery. It would go against Article 41 because it presupposes that full restitution would be made unless the internal law proves constitutionally incapable of granting it<sup>1</sup>.

To put this into perspective, let me emphasise that in some cases, such as those concerning violations of Article 1 of Protocol No. 1, the pecuniary compensation is the remedy *par excellence*. In some cases, the consequences of the violation of a particular human right, for example in cases concerning Articles 2 and 3, is truly irreversible and can only be, although always insufficiently, mitigated by pecuniary just satisfaction. In situations such as this one, however, deriving from an unfair trial of the applicant, full *restitutio in integrum* is eminently possible. It implies the full retrial of the whole case.

---

1. In order to comply with this logic, the Court ought to split its procedure into two phases. In the first phase the Court would ascertain whether there has been a violation. In the second phase the burden should be on the State concerned to show that the internal law is incapable of full restitution. Only in this second phase could the Court award just satisfaction. But since such bifurcation of procedure is clearly not going to happen, it falls to the Committee of Ministers to abide by the above logic. Consequently, it would be very helpful if our judgments contained specific recommendations concerning possible ways and means of restitution, such as, for example, those the Court has handed down in *Scozzari and Giunta*, cited above.



DALLOS v. HUNGARY  
*(Application no. 29082/95)*

SECOND SECTION

JUDGMENT OF 1 MARCH 2001<sup>1</sup>

---

1. English original.





SUMMARY<sup>1</sup>**Conviction on appeal of an offence different from the one charged****Article 6 §§ 1 and 3 (a) and (b)**

*Information regarding the nature of the accusation – Preparation of the defence – Adequate time – Adequate facilities – Conviction on appeal of an offence different from the one charged – Scope of review – Full review of procedural and substantive law issues, curing defects in proceedings before lower courts*

\*  
\*   \*

The applicant was convicted of aggravated embezzlement. On appeal, the conviction and sentence were upheld, but the appeal court reclassified the offence as aggravated fraud. The applicant lodged a petition for review with the Supreme Court which, after holding a hearing, upheld the conviction for aggravated fraud. It rejected the defence arguments alleging a serious breach of procedural rules and held that the applicant had committed the offence of fraud.

*Held*

(1) Government's preliminary objection: It was undisputed that the question whether the applicant's petition for review was an effective remedy had not arisen in the proceedings before the European Commission of Human Rights. The Government's objection based on non-observance of the six-month time-limit was therefore of a character that prevented them from raising it earlier and they were not estopped. It was not disputed that the review proceedings were capable of providing redress in respect of the applicant's complaints about shortcomings in the proceedings before the lower courts and, since the Supreme Court in fact entertained the petition for review and addressed the defence arguments in detail, it could not be said that the review as such did not offer reasonable prospects of success. The petition for review was thus an effective remedy in the circumstances and the applicant had not failed to observe the six-month time-limit.

(2) Article 6 §§ 1 and 3 (a) and (b): The applicant was unaware that the appeal court might reclassify his offence as fraud and this certainly impaired his chances of defending himself. However, decisive importance had to be attributed to the subsequent proceedings before the Supreme Court, which entirely reviewed the case from both a procedural and a substantive law point of view. It could have acquitted the applicant but rejected the defence arguments and in doing so examined itself whether he was guilty of fraud. The applicant therefore had the opportunity to advance his defence to the reformulated charge and, taking the

---

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

proceedings as a whole, any defects in the earlier proceedings were cured before the Supreme Court.

*Conclusion:* no violation (unanimously).

**Case-law cited by the Court**

*De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, judgment of 18 June 1971, Series A no. 12

*Kamasinski v. Austria*, judgment of 19 December 1989, Series A no. 168

*Imbrioscia v. Switzerland*, judgment of 24 November 1993, Series A no. 275

*Akdivar and Others v. Turkey*, judgment of 16 September 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV

*Miailhe v. France (no. 2)*, judgment of 26 September 1996, *Reports* 1996-IV

*Ergi v. Turkey*, judgment of 28 July 1998, *Reports* 1998-IV

*Pélissier and Sassi v. France* [GC], no. 25444/94, ECHR 1999-II

**In the case of Dallos v. Hungary,**

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

Mr G. BONELLO, *President*,  
Mr A.B. BAKA,  
Mr P. LORENZEN,  
Mr M. FISCHBACH,  
Mrs M. TSATSA-NIKOLOVSKA,  
Mr E. LEVITS,  
Mr A. KOVLER, *judges*,

and Mr E. FRIBERGH, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 8 February 2001,

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

**PROCEDURE**

1. The case was referred to the Court, in accordance with the provisions applicable prior to the entry into force of Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”), by a Hungarian national, Mr Zoltán Dallos (“the applicant”), on 29 October 1999 (Article 5 § 4 of Protocol No. 11 and former Articles 47 and 48 of the Convention).

2. The case originated in an application (no. 29082/95) against the Republic of Hungary lodged by the applicant with the European Commission of Human Rights (“the Commission”) under former Article 25 of the Convention on 9 January 1995.

3. The applicant alleged that criminal proceedings against him had been unfair, in breach of Article 6 of the Convention, in that – since he had been prosecuted for, and at first instance convicted of, embezzlement – the appeal court’s reclassification of the offence as fraud had prevented him from exercising his defence rights properly.

4. The Commission declared the application admissible on 10 September 1998. In its report of 8 September 1999 (former Article 31 of the Convention),<sup>1</sup> it expressed the unanimous opinion that there had been a violation of Article 6 § 3 (a) and (b) of the Convention taken in conjunction with Article 6 § 1.

5. Before the Court the applicant, who had been granted legal aid, was represented by Mr L. Noll, a lawyer practising in Nagykanizsa, Hungary. The Hungarian Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr L. Hóltzl, Deputy State Secretary of the Ministry of Justice.

---

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

6. On 6 December 1999 a panel of the Grand Chamber determined that the case should be examined by one of the Sections of the Court (Rules 100 § 1 and 24 § 6 of the Rules of Court). On 13 December 1999 the application was assigned to the Second Section (Rule 52 § 1). Within that Section, the Chamber that would consider the case (Article 27 § 1 of the Convention) was constituted as provided in Rule 26 § 1.

7. The applicant and the Government each filed a memorial.

8. After consulting the Agent of the Government and the applicant's lawyer, the Chamber decided that it was not necessary to hold a hearing (Rule 59 § 2 *in fine*).

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

9. The applicant is a Hungarian national, born in 1949 and resident in Vonyarcvashegy, Hungary.

10. On 25 November 1992 the Zala County public prosecutor's office preferred a bill of indictment against the applicant, charging him with aggravated embezzlement. The public prosecutor's office alleged that between July 1990 and May 1991 the applicant, then the managing director of a Hungarian limited liability company ("E. Kft"), had been involved in a foreign-trade commission-contract between a Dutch company and a Hungarian business partner. According to the public prosecutor's office, the applicant had failed to transfer, on behalf of E. Kft, part of the amounts due under the contract to the Hungarian partner and had spent it for E. Kft's own purposes, thus causing damage of some 1.4 million Hungarian forints.

11. On 30 June 1993 the Keszthely District Court convicted the applicant of aggravated embezzlement and sentenced him to one year and four months' imprisonment and a fine, under Article 317 §§ 1 and 5 (a) of the Criminal Code.

The District Court found that, in the context of a commission-contract scheme valid between July 1990 and May 1991, the applicant, acting on behalf of E. Kft, had failed to transfer part of the amounts collected from the Dutch partner to the Hungarian partner, contrary to what he should have done under the contract; in fact, he had spent it for E. Kft's own purposes.

The District Court noted the applicant's defence that he had simply failed to pay the necessary attention to his contractual duty to transfer the amounts in question; that he had not been aware until April 1991 that the amounts in question had been available for transfer; that E. Kft's subsequent failure to fulfil its contractual obligations had simply been due

to its inability to recover some outstanding debts; and, finally, that he had entered into a verbal agreement with the Hungarian partner about the use of part of the amounts in question.

However, taking into consideration the testimony of a Mr S. and of two further witnesses, the District Court was convinced that the applicant had deliberately failed to transfer the amounts in question in order to finance the activities of E. Kft.

12. The applicant appealed against the District Court's judgment, whereas the public prosecutor's office accepted it.

In his appeal the applicant sought to be acquitted on the ground that the findings of fact in his case had been erroneous.

13. On 12 November 1993 the Zala County Regional Court upheld the applicant's conviction and sentence, but reclassified his offence as aggravated fraud, under Article 318 §§ 1 and 5 (a) of the Criminal Code.

The Regional Court held that the facts of the case, as outlined in the bill of indictment and established by the District Court, did not constitute the offence of embezzlement. However, the Regional Court was satisfied that the applicant's conduct, namely that in the context of the transaction in question he had, on several occasions, given the Hungarian partner false information about the payments actually made by the Dutch partner, had constituted the offence of aggravated fraud.

Completing the findings of fact with some further details, the Regional Court essentially relied on the contents of the case file as compiled at first instance, and in particular on the statements made by the applicant and the witness Mr S. during the first-instance hearings and on investigation documents.

The Regional Court's decision was served on the applicant on 8 December 1993.

14. The applicant and his defence counsel lodged a petition for review with the Supreme Court. He maintained that he had been convicted erroneously. He also submitted that the reclassification of his offence at second instance had run counter to Article 9 § 2 of the Code of Criminal Procedure, and had thus constituted a serious breach of procedural rules.

In its observations in reply, the Attorney-General's Office proposed that the decisions of the lower courts be upheld.

15. On 16 June 1994 the Supreme Court held a "public session" (*nyilvános ülés*) in the case. The Supreme Court heard addresses by defence counsel, who argued that the applicant's liability was of a civil-law nature and requested the Supreme Court to quash, under Article 291 § 3 of the Code of Criminal Procedure, the first- and second-instance judgments and to acquit the applicant, and by the Attorney-General's Office, proposing that the applicant's conviction be upheld.

16. On 28 June 1994 the Supreme Court upheld the applicant's conviction for aggravated fraud.

Concerning defence counsel's arguments about a serious breach of procedural rules, the Supreme Court observed that, while it was true that courts were bound by the factual contents of the bill of indictment, this did not apply to the legal classification of the offences. It held that the elements of fact, which – in the second-instance proceedings – had warranted the reclassification of the offence, had already been contained in substance in the bill of indictment.

In reply to defence counsel's arguments of a substantive-law character disputing the applicant's conviction of fraud, the Supreme Court held that the applicant's duty under the contract in question would have been to inform the Hungarian partner about his receipt of payments without delay. The decision concluded, *inter alia*, that the applicant, having failed to do so and, instead, having transferred the money into E. Kft's own bank account,

“... committed the offence of fraud. ...

... In this manner, the defendant secured unlawful gains for E. Kft and, to that end, had maintained from the outset [the Hungarian partner's] deception, as a consequence of which it suffered damage in the amount of 1,440,680 Hungarian forints. This conduct of his constituted the offence of fraud, prohibited by Article 318 § 1 of the Criminal Code.”

On that ground, the Supreme Court upheld the Regional Court's decision, in accordance with Article 291 § 7 of the Code of Criminal Procedure.

The Supreme Court's decision was served on the applicant on 18 August 1994.

## II. RELEVANT DOMESTIC LAW

### A. Code of Criminal Procedure (as in force in the relevant period) (Act no. I of 1973)

#### 1. *Miscellaneous rules*

17. Article 9 § 2 provides that proceedings before the criminal court may be initiated only upon lawful indictment. The court decides on the criminal responsibility of the indicted person exclusively by reference to facts contained in the bill of indictment.

18. Article 132 § 1 provides that where there is a strong suspicion, based on the available information, that a person has committed an offence, the authority must inform him of the substance of the suspicion against him and of the relevant laws.

19. Article 146 § 2 provides that the bill of indictment must contain a brief description of the facts on account of which the defendant is being prosecuted.

20. Article 203 § 1 requires that documents, the contents of which are regarded by the court as evidence, be read out at the hearing.

21. According to Article 239 § 1, the second-instance court must, when passing its decision, rely on the findings of fact reached by the first-instance court, unless the first-instance judgment lacks factual support.

22. Article 241 provides that a defendant acquitted at first instance may be convicted, or a convicted defendant's sentence increased, only if an appeal has been lodged to his detriment. An appeal is to be regarded as being to the defendant's detriment if aimed at having him convicted, or convicted of a more serious offence, or at increasing his sentence.

23. According to Article 258 § 1 (a), where the proper establishment of the facts of the case can be achieved on the basis of the case file, the second-instance court completes or rectifies the establishment of the facts and thereafter examines the first-instance judgment on this new factual basis.

24. According to Article 260, where the first-instance court has applied the law erroneously but its judgment need not be quashed, the second-instance court amends the judgment and passes a decision in accordance with the law.

## 2. Rules on review by the Supreme Court

25. Article 284 § 1 provides that a final decision is subject to review if:

(a) the defendant's acquittal or conviction, or the discontinuation of the proceedings, has taken place in breach of the provisions of substantive criminal law; or

(b) an unlawful punishment or measure has been imposed on the defendant as a consequence of an incorrect classification of the offence or of another breach of the rules of substantive criminal law.

According to paragraph 2, in the latter case no review may take place if the punishment imposed is within the limits laid down for the offence that corresponds to the classification which is correct in law.

26. According to Article 284/A § 1 (I), a petition for review in favour of the defendant may be filed by, *inter alios*, the defendant, the public prosecutor or defence counsel.

Paragraph 2 provides a further ground for review where certain serious breaches of procedural criminal law have affected the taking of the decision in question.

27. Under Article 288 § 1, if a petition for review is not rejected on formal grounds, it must be sent to the Attorney-General's Office for comments.

Article 288/A § 1 grants the petitioner the right to submit comments in reply.

28. According to Article 289/A § 1, the Supreme Court examines, as a general rule, the petition for review at a "session" (*ülés*). The attendance

of defence counsel and the public prosecutor is required; the defendant must be notified of the session and, if detained, must be conveyed thereto.

29. Article 290 provides that, at the session, one of the judges sitting in the case must orally present the petition, the decision challenged and relevant details of the case file. After this introduction, the public prosecutor, defence counsel and the defendant, *inter alios*, address the court.

30. As a result of the review, the Supreme Court may, under Article 291 § 1, quash the decision reviewed and instruct the lower-instance court to resume its proceedings.

Under Article 291 § 3, where the second-instance decision has been taken in breach of the provisions of substantive criminal law within the meaning of Article 284 § 1, the Supreme Court may itself deliver a rectified decision, if this will result in the acquittal of the defendant, the discontinuance of the proceedings, or the imposition of a less severe punishment.

Paragraph 7 provides that if the Supreme Court dismisses the petition, it must uphold the decision challenged.

## **B. Criminal Code (Act no. IV of 1978)**

### *1. Embezzlement*

31. According to Article 317 § 1, a person who unlawfully appropriates for himself an asset in his charge, or disposes of such an asset as if it were his own, commits the offence of embezzlement. Paragraph 5 (a) provides that embezzlement committed with regard to assets of a substantial value is punishable by one to five years' imprisonment.

### *2. Fraud*

32. According to Article 318 § 1, a person who deceives someone, or maintains someone's deception, in order to make unlawful gains, commits the offence of fraud, provided that actual damage has occurred as a result of his conduct. Paragraph 5 (a) provides that fraud committed in respect of a substantial sum is punishable by one to five years' imprisonment.

## THE LAW

### I. THE GOVERNMENT'S PRELIMINARY OBJECTION

33. The Government submitted that, in the proceedings before the Commission – prior to the decision as to the admissibility of the application – they had assumed that the applicant's petition for review by



the Supreme Court had been an effective remedy for the purposes of former Article 26 of the Convention. The application had been introduced within six months from the delivery of the Supreme Court's decision.

For the Government, it transpired only from the Commission's report that the petition for review might not have qualified as an effective remedy in the case, given that the Commission had focused exclusively on the Regional Court's decision. Had that been the Commission's view, the Government argued before the Court that the applicant had failed to introduce the application within six months from the Regional Court's decision of 12 November 1993, as required by former Article 26 of the Convention, which provides:

"The Commission 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."

34. The applicant submitted that the Regional Court's decision had been susceptible, on account of its procedural shortcomings and pursuant to Article 284/A § 2 of the Code of Criminal Procedure, to being quashed by the Supreme Court. He had therefore not been in a position to file a comprehensive complaint about the domestic proceedings with the Commission until after the service of the Supreme Court's decision.

On the other hand, he referred to Article 284 § 2 of the Code of Criminal Procedure (see paragraph 25 above) which, in his view, virtually deprived his petition for review of all prospects of success, given that his punishment had been within the lawful limits of both offences in question.

35. The Court reiterates that it takes cognisance of preliminary objections in so far as the State in question has already raised them, at least in substance and with sufficient clarity, before the Commission, in principle at the stage of the initial examination of admissibility (see, for example, *Ergi v. Turkey*, judgment of 28 July 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-IV, p. 1769, § 59).

36. The Court recalls that its jurisdiction "to rule on the submissions made by a respondent Government based on [former] Article 26 as a bar to claims directed against it, does not in any way mean that the Court should disregard the attitude adopted by the Government in this connection in the course of the proceedings before the Commission.

It is in fact usual practice in international and national courts that objections to admissibility should as a general rule be raised *in limine litis*. This, if not always mandatory, is at least a requirement of the proper administration of justice and of legal stability. ... [I]t results clearly from the general economy of the Convention that objections to jurisdiction and admissibility must, in principle, be raised first before the Commission to the extent that their character and the circumstances permit" (see

*De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, judgment of 18 June 1971, Series A no. 12, p. 30, §§ 53-54).

37. In the present case, it is undisputed that the question whether the applicant's petition for review was an effective remedy did not arise in the course of the proceedings before the Commission. The Court is therefore satisfied that the Government's objection to the admissibility of the application based on the six-month time-limit – observance of which was indeed, in the circumstances, closely interrelated with the effectiveness of the review – is of a character that prevented them from making it earlier.

38. Having regard to the above circumstances, the Court concludes that the Government cannot be considered estopped from raising their objection of non-observance of the six-month rule.

39. The Court must next determine whether the review proceedings constituted an available remedy which was sufficient to afford the applicant redress in respect of his Article 6 complaint. The Court reiterates in this regard that a domestic remedy whose exhaustion is required to meet the conditions laid down in former Article 26 of the Convention must be an effective one, available in theory and in practice at the relevant time, that is to say that it must have been accessible, capable of providing redress in respect of the complaint and must have offered reasonable prospects of success (see, *mutatis mutandis*, *Akdivar and Others v. Turkey*, judgment of 16 September 1996, *Reports* 1996-IV, p. 1211, § 68).

40. In the present case, the Court observes that the possibility of filing a petition for review was undisputedly available to the applicant (see Article 284/A § 1 (I) of the Code of Criminal Procedure, paragraph 26 above). Neither is it disputed that the review proceedings were capable of providing redress in respect of the applicant's complaints about shortcomings in the lower courts' procedure (see Article 291 §§ 1 and 3 of the Code of Criminal Procedure, paragraph 30 above).

As regards prospects of success, the Court, while noting the applicant's doubts in this respect (see paragraph 34 *in fine* above), observes that the Supreme Court in fact entertained the applicant's petition for review, held a review session and, in its decision, addressed defence counsel's arguments in detail. In these circumstances, it cannot be said that the review as such did not offer the applicant any reasonable prospects of success.

41. Having regard to these considerations, the Court concludes that the applicant's petition for review was an effective remedy in the circumstances. Its exhaustion was therefore necessary to meet the conditions laid down in former Article 26 of the Convention. Consequently, the applicant cannot be considered to have failed to observe the six-month time-limit. The Government's preliminary objection must accordingly be dismissed.

## II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 6 OF THE CONVENTION

42. The applicant complained that since he had been prosecuted for, and at first instance convicted of, embezzlement, the appeal court's reclassification of the offence as fraud had prevented him from exercising his defence rights properly and that this had rendered the criminal proceedings against him unfair.

43. Article 6 of the Convention, in its relevant parts, provides:

"1. In the determination ... of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair ... hearing ... by an independent and impartial tribunal established by law ...

...

3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:

(a) to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him;

(b) to have adequate time and facilities for the preparation of his defence;

..."

### A. Arguments of the parties and the Commission

#### 1. *The Government*

44. The Government maintained that the review proceedings had constituted an effective remedy in the case in that the proceedings before the Supreme Court had in fact provided a remedy for the applicant's grievances arising from the reformulation of the charges against him by the second-instance court.

Making an assessment of the fairness of the proceedings as a whole, the Government – while admitting that the applicant had not had an opportunity before the Regional Court to defend himself against the charge of fraud – emphasised that the final decision on the legal classification of the offence had not been taken by the Regional Court. The applicant had had the opportunity to put forward his defence against the reformulated charge in the review proceedings before the Supreme Court, to argue that the Criminal Code had been erroneously applied to his conduct and to seek to convince the judges that his conviction for fraud had been unlawful since the new classification had not been supported by facts. The Supreme Court had taken cognisance of the applicant's arguments and dismissed them on the merits.

#### 2. *The applicant*

45. The applicant maintained that the Regional Court had convicted him of an offence constituted by facts not fully contained in the bill of

indictment. In these circumstances, he could not be regarded as having been properly informed of the nature of the charges against him, and there had accordingly been an infringement of his rights under Article 6 § 3. Furthermore, since he had not been informed of the possibility that his offence might be reclassified in the appeal proceedings, he could not properly exercise his defence rights in regard to the offence of which he was eventually held guilty in the course of those proceedings. Since the Supreme Court's ruling on his petition for review had not remedied these shortcomings of the proceedings, he maintained that his trial had not been fair within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention.

### 3. *The Commission*

46. The Commission found that it could not be established that the applicant had been aware that the Regional Court might return an alternative verdict of aggravated fraud. Having regard to the need for special attention to be paid to the notification of the accusation to the defendant, the Commission held that the procedure had not complied with Article 6 § 3 (a) of the Convention.

Furthermore, the Commission – while refraining from speculating as to the merits of the defence the applicant could have relied on, had he had an opportunity to make submissions to the Regional Court on the charge of fraud – took it for granted that the defence would have been different from the defence to the initial charge, given the evident differences between the definitions of “embezzlement” and “fraud” under Hungarian law.

Since fraud did not constitute an element intrinsic to the accusation, the Commission considered that the Regional Court should have afforded the applicant the possibility of exercising his defence rights on the issue of fraud in a practical and effective manner and, in particular, in good time.

The Commission concluded that the applicant's right to be informed in detail of the nature and cause of the accusation against him and his right to have adequate time and facilities for the preparation of his defence had been infringed, resulting in a violation of paragraph 3 (a) and (b) of Article 6 of the Convention taken in conjunction with paragraph 1 of that Article.

## **B. The Court's assessment**

47. The Court recalls that the fairness of proceedings must be assessed with regard to the proceedings as a whole (see, for example, *Mialthe v. France (no. 2)*, judgment of 26 September 1996, *Reports* 1996-IV, p. 1338, § 43, and *Imbrioscia v. Switzerland*, judgment of 24 November 1993, Series A no. 275, pp. 13-14, § 38). The provisions of paragraph 3 (a) of Article 6 point to the need for special attention to be paid to the notification of the

“accusation” to the defendant. Particulars of the offence play a crucial role in the criminal process, in that it is from the moment of their service that the suspect is formally put on written notice of the factual and legal basis of the charges against him (see *Kamasinski v. Austria*, judgment of 19 December 1989, Series A no. 168, pp. 36-37, § 79). Article 6 § 3 (a) of the Convention affords the defendant the right to be informed not only of the “cause” of the accusation, that is to say the acts he is alleged to have committed and on which the accusation is based, but also the legal characterisation given to those acts. That information should be detailed (see *Pélissier and Sassi v. France* [GC], no. 25444/94, § 51, ECHR 1999-II).

The scope of the above provision must in particular be assessed in the light of the more general right to a fair hearing guaranteed by Article 6 § 1 of the Convention. In criminal matters the provision of full, detailed information concerning the charges against a defendant, and consequently the legal characterisation that the court might adopt in the matter, is an essential prerequisite for ensuring that the proceedings are fair. In this respect it is to be observed that Article 6 § 3 (a) does not impose any special formal requirement as to the manner in which the accused is to be informed of the nature and cause of the accusation against him. The Court further recalls that sub-paragraphs (a) and (b) of Article 6 § 3 are connected and that the right to be informed of the nature and the cause of the accusation must be considered in the light of the accused’s right to prepare his defence (*ibid.*, §§ 52-54).

48. In the present case, the Court observes that the applicant was indeed not aware that the Regional Court might reclassify his offence as fraud. This circumstance certainly impaired his chances to defend himself in respect of the charges he was eventually convicted of.

49. However, unlike the Commission, the Court attributes in this respect decisive importance to the subsequent proceedings before the Supreme Court.

50. It is to be noted that the Supreme Court entirely reviewed the applicant’s case, both from a procedural and a substantive-law point of view. In addition to having studied the lower courts’ case file and submissions by the applicant and the prosecution, the review bench heard, at a public session, oral addresses from the applicant’s defence counsel and the Attorney-General’s Office (see paragraph 15 above). Moreover, under Article 291 § 3 of the Code of Criminal Procedure (see paragraph 30 above), the Supreme Court itself could have replaced the applicant’s conviction with a decision of acquittal.

51. The Court observes that the Supreme Court rejected the applicant’s defence seeking acquittal from the charge of fraud. It held that his failure to respect his contractual duties had resulted in the victim’s deception, whilst the transfer of the money in question into

E. Kft's bank account had amounted to making unlawful gains. The Supreme Court was satisfied, when upholding the applicant's conviction, that the constituent elements of the offence of fraud were present.

These circumstances lead the Court to find that the Supreme Court itself examined whether or not the applicant was guilty of fraud.

52. Accepting the Government's argument on this point, the Court therefore considers that the applicant had the opportunity to advance before the Supreme Court his defence in respect of the reformulated charge. Assessing the fairness of the proceedings as a whole – and in view of the nature of the examination of the case before the Supreme Court – the Court is satisfied that any defects in the proceedings before the Regional Court were cured before the Supreme Court.

The Court is therefore convinced that the applicant's rights to be informed in detail of the nature and cause of the accusation against him and to have adequate time and facilities for the preparation of his defence were not infringed.

53. It follows that Article 6 of the Convention was not violated.

#### FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

1. *Dismisses* the Government's preliminary objection;
2. *Holds* that there has been no violation of Article 6 of the Convention.

Done in English, and notified in writing on 1 March 2001, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Erik FRIBERGH  
Registrar

Giovanni BONELLO  
President

DALLOS c. HONGRIE  
*(Requête n° 29082/95)*

DEUXIÈME SECTION

ARRÊT DU 1<sup>er</sup> MARS 2001<sup>1</sup>

---

1. Traduction; original anglais.





SOMMAIRE<sup>1</sup>**Condamnation en appel pour une infraction différente de celle figurant dans l'acte d'accusation****Article 6 §§ 1 et 3 a) et b)**

*Droit pour l'accusé d'être avisé de la nature de l'accusation – Préparation de la défense – Temps adéquat – Facilités adéquates – Condamnation en appel pour une infraction différente de celle figurant dans l'acte d'accusation – Portée du contrôle effectué en appel – Purge par l'examen intégral de la cause en appel, tant au regard du droit procédural qu'au regard du droit matériel, des vices ayant entaché la procédure devant les juridictions inférieures*

\*  
\*   \*   \*

Le requérant fut condamné pour détournement de fonds aggravé. En appel, le tribunal régional confirma la condamnation et la peine infligées, tout en requalifiant l'infraction en escroquerie aggravée. Le requérant forma un pourvoi devant la Cour suprême qui, après avoir tenu une audience, confirma la condamnation pour escroquerie aggravée. Écartant les arguments de la défense tirés d'une violation grave des règles procédurales, elle jugea que le requérant s'était rendu coupable de l'infraction d'escroquerie.

1. Exception préliminaire du Gouvernement : il n'est pas contesté que la question de savoir si le pourvoi du requérant constituait un recours effectif n'a pas été soulevée devant la Commission européenne des Droits de l'Homme. La Cour considère que l'exception d'irrecevabilité fondée par le Gouvernement sur le dépassement du délai de six mois – dont l'observation dépendait étroitement de l'effectivité du pourvoi – revêt un caractère tel qu'elle ne pouvait être présentée plus tôt. Il n'y a donc pas forclusion. Il n'est pas non plus contesté que la procédure devant la Cour suprême était apte à fournir un redressement des griefs fondés par le requérant sur les vices ayant entaché la procédure devant les juridictions inférieures, et dès lors que la Cour suprême se pencha effectivement sur le pourvoi et répondit de manière détaillée dans sa décision aux arguments développés par la défense, on ne peut pas dire que la procédure de contrôle n'offrait pas en soi au requérant des chances raisonnables de succès. En conséquence, le pourvoi formé par le requérant constituait un recours effectif dans les circonstances de l'espèce et l'intéressé ne peut passer pour n'avoir pas respecté le délai de six mois.

2. Article 6 §§ 1 et 3 a) et b) : le requérant ne savait pas que le tribunal régional pouvait requalifier son infraction en escroquerie, et cela a certainement nui à sa

---

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

capacité de se défendre. Il convient toutefois à cet égard d'attribuer une importance décisive à la procédure qui s'est déroulée ultérieurement devant la Cour suprême. Celle-ci s'est livrée à un examen complet de la cause, tant au regard du droit procédural qu'au regard du droit matériel. Elle aurait pu acquitter le requérant, mais elle rejeta les arguments développés par la défense, appréciant ainsi elle-même la question de savoir si le requérant était coupable d'escroquerie. L'intéressé a donc eu l'occasion de présenter sa défense à l'égard de l'infraction requalifiée. Dès lors, tous les vices ayant pu entacher la procédure devant le tribunal régional ont été purgés devant la Cour suprême.

*Conclusion* : non-violation (unanimité).

### **Jurisprudence citée par la Cour**

*De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, arrêt du 18 juin 1971, série A n° 12

*Kamasinski c. Autriche*, arrêt du 19 décembre 1989, série A n° 168

*Imbrioscia c. Suisse*, arrêt du 24 novembre 1993, série A n° 275

*Akdivar et autres c. Turquie*, arrêt du 16 septembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV

*Mialhe c. France (n° 2)*, arrêt du 26 septembre 1996, *Recueil* 1996-IV

*Ergi c. Turquie*, arrêt du 28 juillet 1998, *Recueil* 1998-IV

*Pélissier et Sassi c. France [GC]*, n° 25444/94, CEDH 1999-II

**En l'affaire Dallos c. Hongrie,**

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

MM. G. BONELLO, *président*,

A.B. BAKA,

P. LORENZEN,

M. FISCHBACH,

M<sup>me</sup> M. TSATSA-NIKOLOVSKA,

MM. E. LEVITS,

A. KOVLER, *juges*,

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

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 8 février 2001,

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

**PROCÉDURE**

1. L'affaire a été déférée à la Cour conformément aux dispositions de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales («la Convention») qui s'appliquaient avant l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 à cet instrument par un ressortissant hongrois, M. Zoltán Dallos («le requérant»), le 29 octobre 1999 (article 5 § 4 du Protocole n° 11 et anciens articles 47 et 48 de la Convention).

2. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 29082/95) dirigée contre la République de Hongrie et dont le requérant avait saisi la Commission européenne des Droits de l'Homme («la Commission») le 9 janvier 1995 en vertu de l'ancien article 25 de la Convention.

3. Le requérant y alléguait que, contrairement aux exigences de l'article 6 de la Convention, la procédure pénale dirigée contre lui avait manqué d'équité en ce que la requalification en escroquerie, opérée par la cour d'appel, de l'infraction de détournement de fonds pour laquelle il avait été poursuivi et condamné en première instance l'avait empêché d'exercer correctement ses droits de la défense.

4. La Commission a déclaré la requête recevable le 10 septembre 1998. Dans son rapport du 8 septembre 1999 adopté au titre de l'ancien article 31 de la Convention<sup>1</sup>, elle formule l'avis unanime qu'il y a eu violation de l'article 6 §§ 3 a) et b) de la Convention, combiné avec l'article 6 § 1.

5. Devant la Cour, le requérant, qui avait obtenu le bénéfice de l'assistance judiciaire, est représenté par M<sup>c</sup> L. Noll, avocat inscrit au barreau de Nagykanizsa, en Hongrie. Le gouvernement hongrois («le

---

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

Gouvernement») est représenté par son agent, M. L. Höltzl, vice-secrétaire d'Etat au ministère de la Justice.

6. Le 6 décembre 1999, un collège de la Grande Chambre a décidé que l'affaire serait examinée par l'une des sections de la Cour (articles 100 § 1 et 24 § 6 du règlement de la Cour). Le 13 décembre 1999, la requête a été attribuée à la deuxième section (article 52 § 1 du règlement). Au sein de celle-ci a alors été constituée, conformément à l'article 26 § 1 du règlement, la chambre chargée d'examiner l'affaire (article 27 § 1 de la Convention).

7. Requérant et Gouvernement ont chacun déposé un mémoire.

8. Après avoir consulté l'agent du Gouvernement et l'avocat du requérant, la chambre a décidé qu'il ne s'imposait pas de tenir une audience (article 59 § 2 *in fine* du règlement).

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

9. Le requérant est un ressortissant hongrois né en 1949 et résidant à Vonyarcvashegy, en Hongrie.

10. Le 25 novembre 1992, le parquet du comté de Zala édicta un acte d'accusation contre le requérant, qu'il soupçonnait de détournement de fonds aggravé. Il affirmait qu'entre juillet 1990 et mai 1991, le requérant, qui était alors le gérant d'une société à responsabilité limitée hongroise, «E. Kft», était intervenu dans le cadre d'un contrat de commission international qui avait été conclu entre une société néerlandaise et un partenaire commercial hongrois. D'après le parquet, l'intéressé était resté en défaut de transférer pour le compte de E. Kft une partie des sommes dues au partenaire hongrois en vertu du contrat et les avait utilisées pour les besoins propres de E. Kft, causant ainsi un dommage de quelque 1,4 million de forints hongrois.

11. Le 30 juin 1993, le tribunal de district de Keszthely reconnut le requérant coupable de détournement de fonds aggravé et le condamna à un an et quatre mois d'emprisonnement et à une amende sur le fondement de l'article 317 §§ 1 et 5 a) du code pénal.

Le tribunal de district estima que, selon un protocole relatif au versement de commissions mis au point entre les parties et dont les clauses étaient applicables entre juillet 1990 et mai 1991, le requérant, agissant pour le compte de E. Kft, était fautivement resté en défaut de transférer au partenaire hongrois une partie des sommes collectées auprès du partenaire néerlandais; en fait, l'intéressé avait dépensé les sommes litigieuses pour les besoins propres de E. Kft.

Le tribunal de district prit note de l'argument du requérant consistant à dire qu'il avait simplement omis de prêter l'attention nécessaire à son obligation contractuelle de transférer les sommes litigieuses; qu'il n'avait su qu'en avril 1991 que les sommes en question étaient disponibles pour un transfert; que le manquement ultérieur de E. Kft à ses obligations contractuelles était simplement le résultat de son incapacité à recouvrer certaines créances; et enfin qu'il avait conclu un accord verbal avec le partenaire hongrois concernant l'utilisation d'une partie des sommes en cause.

Toutefois, prenant en compte les dépositions d'un certain M. S. et de deux autres témoins, le tribunal de district se déclara convaincu que le requérant s'était délibérément abstenu de transférer les sommes litigieuses afin de financer les activités de E. Kft.

12. Le requérant interjeta appel du jugement du tribunal de district, auquel le parquet acquiesça.

Dans son recours, il demandait à être acquitté au motif que l'établissement des faits relatifs à sa cause avait été entaché d'erreurs.

13. Le 12 novembre 1993, le tribunal régional du comté de Zala confirma la condamnation et la peine infligées au requérant, tout en requalifiant l'infraction en escroquerie aggravée, au sens de l'article 318 §§ 1 et 5 a) du code pénal.

Le tribunal régional considéra que les faits de la cause tels qu'ils étaient décrits dans l'acte d'accusation et avaient été établis par le tribunal de district n'étaient pas constitutifs de l'infraction de détournement de fonds. Il estima en revanche qu'en donnant à plusieurs reprises au partenaire hongrois, dans le contexte de la transaction en cause, de fausses informations concernant les paiements réellement effectués par le partenaire néerlandais le requérant avait adopté un comportement constitutif de l'infraction d'escroquerie aggravée.

Complétant les constatations de fait en y apportant quelques précisions, le tribunal régional se fonda essentiellement sur le contenu du dossier tel qu'il avait été confectionné en première instance, et en particulier sur les déclarations faites par le requérant et par le témoin S. pendant les auditions ainsi que sur les documents de l'enquête.

La décision du tribunal régional fut notifiée au requérant le 8 décembre 1993.

14. Le requérant et son avocat formèrent un pourvoi devant la Cour suprême. Leur thèse consistait à dire que la condamnation de M. Dallos était entachée d'erreurs. De plus, la requalification de l'infraction en deuxième instance était selon eux contraire à l'article 9 § 2 du code de procédure pénale et s'analysait par conséquent en une violation grave des règles procédurales.

Dans ses observations en réponse, le parquet de la Cour suprême conclut à la confirmation des décisions des juridictions inférieures.

15. Le 16 juin 1994, la Cour suprême tint une «séance publique» (*nyilvános ülés*) dans la cause. Elle entendit, d'une part, les plaidoiries des avocats de la défense, qui soutenaient que la responsabilité du requérant revêtait plutôt un caractère civil et demandaient à la Cour suprême d'annuler, en vertu de l'article 291 § 3 du code de procédure pénale, les décisions rendues en première et en deuxième instance et d'acquitter le requérant, et, d'autre part, les conclusions du parquet, qui l'invitait à confirmer la condamnation du requérant.

16. Le 28 juin 1994, la Cour suprême confirma la condamnation du requérant pour escroquerie aggravée.

En ce qui concerne les arguments des avocats de la défense tirés d'une violation grave des règles procédurales, la Cour suprême observa que si les tribunaux étaient effectivement liés par les éléments factuels contenus dans l'acte d'accusation, il n'en allait pas de même de la qualification juridique des infractions. Elle jugea que les éléments de fait qui, dans la procédure de deuxième instance, avaient justifié la requalification de l'infraction se trouvaient déjà contenus en substance dans l'acte d'accusation.

En réponse aux arguments de la défense tirés du droit matériel et contestant la condamnation du requérant pour escroquerie, la Cour suprême estima qu'en vertu de l'obligation assumée par lui en signant le contrat en question, le requérant aurait dû informer le partenaire hongrois sans délai des paiements qu'il recevait. Elle conclut notamment qu'en préférant transférer les fonds en cause sur le compte bancaire de E. Kft, l'intéressé avait manqué à cette obligation et s'était ainsi

« (...) rendu coupable de l'infraction d'escroquerie. (...)

(...) Ainsi, l'accusé a fait profiter E. Kft de gains illicites. A cet effet, il s'est arrangé dès le début pour tromper [le partenaire hongrois], en conséquence de quoi celui-ci a subi un dommage se chiffrant à 1 440 680 forints hongrois. Ce comportement de l'accusé s'analyse en une infraction d'escroquerie réprimée par l'article 318 § 1 du code pénal.»

La Cour suprême confirma la décision du tribunal régional, conformément à l'article 291 § 7 du code de procédure pénale.

Sa décision fut notifiée au requérant le 18 août 1994.

## II. LE DROIT INTERNE PERTINENT

### A. Le code de procédure pénale (tel qu'il était en vigueur à l'époque pertinente) (loi n° I de 1973)

#### 1. Règles diverses

17. L'article 9 § 2 prévoit que les procédures devant les juridictions répressives ne peuvent être ouvertes que par des actes d'accusation

légaux. Le tribunal statue sur la responsabilité pénale de la personne accusée exclusivement en se fondant sur les faits contenus dans l'acte d'accusation.

18. L'article 132 § 1 prévoit que lorsqu'il y a des motifs sérieux, fondés sur les informations disponibles, de soupçonner qu'un individu a commis une infraction, l'autorité doit informer ce dernier de la substance des soupçons pesant sur lui et des lois pertinentes.

19. L'article 146 § 2 prévoit que l'acte d'accusation doit comporter une brève description des faits sur la base desquels l'accusé est poursuivi.

20. L'article 203 § 1 exige qu'il soit donné lecture à l'audience des documents dont le tribunal considère le contenu comme un élément de preuve.

21. D'après l'article 239 § 1, le tribunal de deuxième instance doit, lorsqu'il rend sa décision, se fonder sur les faits tels qu'ils ont été établis par le tribunal de première instance, sauf là où le jugement de première instance manque de fondement factuel.

22. L'article 241 prévoit qu'un accusé acquitté en première instance ne peut être condamné ou que la peine infligée à un accusé condamné ne peut être accrue que si un recours a été introduit contre lui. Un appel doit être considéré comme dirigé contre l'accusé s'il vise à le faire condamner, à le faire reconnaître coupable d'une infraction plus grave ou à accroître sa peine.

23. En vertu de l'article 258 § 1 a), lorsqu'il peut le faire sur la base du dossier, le tribunal de deuxième instance complète ou rectifie les constatations de fait et examine ensuite le jugement de première instance sur cette nouvelle base factuelle.

24. D'après l'article 260, lorsque le tribunal de première instance a appliqué la loi de façon erronée mais que son jugement n'a pas besoin d'être annulé, le tribunal de deuxième instance réforme le jugement et rend une décision conforme à la loi.

## *2. Règles relatives au contrôle qu'effectue la Cour suprême*

25. L'article 284 § 1 prévoit qu'une décision définitive peut faire l'objet d'un contrôle par la Cour suprême :

a) si l'acquittement ou la condamnation de l'accusé ou l'interruption de la procédure ont eu lieu en violation des dispositions du droit pénal matériel; ou

b) si une peine ou mesure illégale a été imposée à l'accusé en conséquence d'une qualification incorrecte de l'infraction ou d'un autre manquement aux règles du droit pénal matériel.

Conformément au paragraphe 2, la Cour suprême ne peut dans ce dernier cas se livrer à un contrôle de la décision si la peine imposée se

situé dans les limites prévues par les dispositions correspondant à la qualification correcte en droit.

26. D'après l'article 284/A § 1 I), un pourvoi en faveur de l'accusé peut être déposé, entre autres, par l'accusé, par le procureur ou par l'avocat de la défense.

Le paragraphe 2 prévoit un motif supplémentaire de saisine de la Cour suprême lorsque la décision litigieuse est entachée de certaines violations graves du droit pénal procédural.

27. En vertu de l'article 288 § 1, si un pourvoi n'est pas rejeté pour des motifs de forme, il doit être transmis au parquet de la Cour suprême pour observations.

L'article 288/A § 1 confère au demandeur le droit de soumettre des observations en réponse.

28. D'après l'article 289/A § 1, la Cour suprême examine en règle générale le pourvoi lors d'une «séance» (*ülés*). La présence de l'avocat de la défense et du représentant du ministère public est requise. L'accusé doit être avisé de la séance; s'il se trouve détenu, il doit faire l'objet d'un transfèrement pour pouvoir y assister.

29. L'article 290 prévoit que, lors de la séance, l'un des juges appelés à siéger dans la cause doit présenter oralement le pourvoi, la décision attaquée et les éléments pertinents du dossier. Après cette introduction, la Cour entend en leurs déclarations, notamment, le représentant du ministère public, l'avocat de la défense et l'accusé.

30. Au terme de son examen du pourvoi, la Cour suprême peut, en vertu de l'article 291 § 1, annuler la décision incriminée et donner instruction à la juridiction inférieure de reprendre la procédure.

En vertu de l'article 291 § 3, lorsque la décision de deuxième instance a été prise en violation des dispositions du droit pénal matériel au sens de l'article 284 § 1, la Cour suprême peut elle-même rendre une décision rectificative si, du fait de celle-ci, l'accusé peut être acquitté, la procédure abandonnée ou une peine moins sévère infligée.

Le paragraphe 7 prévoit que si la Cour suprême rejette le pourvoi, elle doit confirmer la décision attaquée.

## **B. Le code pénal (loi n° IV de 1978)**

### *1. L'infraction de détournement*

31. D'après l'article 317 § 1, une personne qui s'approprie illégalement un bien qui lui a été confié ou dispose de pareil bien comme s'il était le sien propre se rend coupable de détournement. Le paragraphe 5 § 1 prévoit qu'un détournement commis à l'égard de biens d'une valeur substantielle est punissable de un à cinq ans d'emprisonnement.



## 2. *L'infraction d'escroquerie*

32. D'après l'article 318 § 1, quiconque trompe autrui ou entretient l'illusion d'autrui afin de réaliser des bénéfices illicites se rend coupable de l'infraction d'escroquerie pourvu que son comportement entraîne effectivement un dommage. Le paragraphe 5 § 1 prévoit qu'une escroquerie commise pour une somme substantielle est punissable de un à cinq ans d'emprisonnement.

## EN DROIT

### I. SUR L'EXCEPTION PRÉLIMINAIRE DU GOUVERNEMENT

33. Le Gouvernement affirme que dans la procédure devant la Commission – avant la décision sur la recevabilité de la requête – il supposait que le pourvoi formé par le requérant devant la Cour suprême constituait un recours effectif aux fins de l'ancien article 26 de la Convention. La requête avait été introduite dans les six mois de la date à laquelle la Cour suprême avait rendu sa décision.

Ce ne serait qu'avec le rapport de la Commission qu'il serait apparu que le pourvoi en cause pouvait ne pas passer pour un recours effectif en l'espèce, la Commission ayant axé son examen exclusivement sur la décision du tribunal régional. Pour le cas où tel aurait effectivement été l'avis de la Commission, le Gouvernement soutient devant la Cour que le requérant est resté en défaut d'introduire sa requête dans les six mois de la décision rendue par le tribunal régional le 12 novembre 1993, manquant ainsi aux exigences de l'ancien article 26 de la Convention, aux termes duquel :

«La Commission 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 le délai de six mois, à partir de la date de la décision interne définitive.»

34. Le requérant allègue que, du fait des vices procéduraux dont elle était entachée et conformément à l'article 284/A § 2 du code de procédure pénale, la décision du tribunal régional était susceptible d'être annulée par la Cour suprême. Aussi ne s'est-il trouvé en mesure d'introduire devant la Commission une requête complète concernant la procédure interne qu'après s'être vu notifier la décision de la Cour suprême.

Il se réfère par ailleurs à l'article 284 § 2 du code de procédure pénale (paragraphe 25 ci-dessus), qui d'après lui a virtuellement privé son pourvoi de toute chance de succès dès lors que la peine qui lui avait été infligée ne dépassait pas le taux maximum prévu par la loi pour les deux infractions en cause.

35. La Cour rappelle qu'elle connaît des exceptions préliminaires pour autant que l'Etat en cause les ait déjà présentées à la Commission au moins en substance et avec suffisamment de clarté, en principe au stade de l'examen initial de la recevabilité (voir, par exemple, l'arrêt *Ergi c. Turquie* du 28 juillet 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-IV, p. 1769, § 59).

36. La Cour rappelle que sa compétence pour « statuer sur les moyens opposés par un gouvernement défendeur, sur la base de l'[ancien] article 26, aux demandes dirigées contre lui, n'implique aucunement que la Cour doive se désintéresser de l'attitude adoptée à cet égard par ce gouvernement au cours de la procédure devant la Commission.

Il est en effet de pratique courante, devant les juridictions internationales et internes, que les exceptions d'irrecevabilité doivent en règle générale être opposées *in limine litis*. C'est là sinon toujours un impératif, du moins un *desideratum* d'une bonne administration de la justice et une exigence de la sécurité juridique. (...) [I] résulte de l'économie générale de la Convention que les exceptions d'incompétence et d'irrecevabilité doivent en principe être soulevées d'abord devant la Commission dans la mesure où leur nature et les circonstances s'y prêtent » (arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique* du 18 juin 1971, série A n° 12, p. 30, §§ 53-54).

37. En l'espèce, nul ne conteste que la question de savoir si le pourvoi du requérant constituait un recours effectif n'a pas été soulevée lors de la procédure devant la Commission. Aussi la Cour considère-t-elle que l'exception d'irrecevabilité fondée par le Gouvernement sur le dépassement du délai de six mois – dont l'observation dépendait de fait étroitement, dans les circonstances de l'espèce, de l'effectivité du pourvoi – revêt un caractère tel qu'elle ne pouvait être présentée plus tôt.

38. Eu égard aux circonstances ci-dessus, la Cour conclut que le Gouvernement ne peut être réputé forclos à soulever son objection de non-respect du délai de six mois.

39. La Cour doit ensuite examiner si le pourvoi devant la Cour suprême constituait un recours suffisant pour fournir au requérant le redressement voulu du grief tiré de l'article 6. La Cour réaffirme à cet égard qu'un recours interne ne relève de l'ancien article 26 de la Convention que s'il est effectif et disponible, en théorie comme en pratique, à l'époque pertinente, c'est-à-dire s'il est accessible, propre à fournir le redressement du grief énoncé et offre des chances raisonnables de succès (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Akdivar et autres c. Turquie* du 16 septembre 1996, *Recueil* 1996-IV, p. 1211, § 68).

40. En l'espèce, la Cour observe que la possibilité de former un pourvoi était sans conteste ouverte au requérant (article 284/A § 1 I) du code de procédure pénale; paragraphe 26 ci-dessus). Par ailleurs, il n'est pas contesté que la procédure devant la Cour suprême était apte à fournir un

redressement des griefs fondés par le requérant sur les vices ayant entaché la procédure devant les juridictions inférieures (article 291 §§ 1 et 3 du code de procédure pénale ; paragraphe 30 ci-dessus).

En ce qui concerne les chances de succès du pourvoi, la Cour, tout en prenant note des doutes exprimés par le requérant à cet égard (paragraphe 34 *in fine* ci-dessus) observe que la Cour suprême se pencha effectivement sur le recours, tint une séance à cet effet et répondit de manière détaillée dans sa décision aux arguments développés par la défense. Dans ces conditions, on ne peut dire que la procédure de contrôle n'offrait pas en soi au requérant des chances raisonnables de succès.

41. Eu égard à ces considérations, la Cour conclut que le pourvoi formé par le requérant constituait un recours effectif dans les circonstances de l'espèce. Aussi son exercice était-il nécessaire aux fins du respect des conditions fixées dans l'ancien article 26 de la Convention. Par conséquent, le requérant ne peut passer pour n'avoir pas respecté le délai de six mois. Il y a donc lieu de rejeter l'exception préliminaire du Gouvernement.

## II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 6 DE LA CONVENTION

42. Le requérant soutient que dès lors qu'il avait été poursuivi et condamné en première instance pour détournement, la requalification de l'infraction en escroquerie par la juridiction du second degré l'a empêché d'exercer correctement ses droits de la défense et a rendu inévitabile la procédure pénale dirigée contre lui.

43. 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 (...) par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera (...) de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. (...)

(...)

3. Tout accusé a droit notamment à :

a) être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ;

b) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ;

(...)»

## **A. Arguments des parties et de la Commission**

### *1. Le Gouvernement*

44. Le Gouvernement soutient que la procédure de contrôle devant la Cour suprême a constitué un recours effectif dans la mesure où elle a de fait permis au requérant de faire valoir ses griefs concernant la requalification par la juridiction du second degré des charges pesant sur lui.

Se livrant à une appréciation de l'équité de la procédure considérée dans son ensemble, le Gouvernement – tout en admettant que le requérant n'a pas eu devant le tribunal régional l'occasion de se défendre de l'accusation d'escroquerie – souligne que la décision définitive sur la qualification juridique de l'infraction n'a pas été prise par le tribunal régional. Le requérant a eu l'occasion de développer sa défense contre la nouvelle qualification devant la Cour suprême, de plaider le caractère erroné de l'application faite du code pénal relativement à son comportement et de chercher à convaincre les juges que sa condamnation pour escroquerie était illégale au motif que la nouvelle qualification ne trouvait aucun appui dans les faits. La Cour suprême a examiné au fond les arguments du requérant et les a rejetés.

### *2. Le requérant*

45. Le requérant soutient que le tribunal régional l'a condamné pour une infraction constituée par des faits qui ne se trouvaient pas contenus intégralement dans l'acte d'accusation. Dans ces conditions, on ne saurait considérer qu'il a été dûment informé de la nature des charges dirigées contre lui, et il y a donc eu atteinte aux droits résultant de l'article 6 § 3. De plus, dès lors qu'il n'a pas été informé de la possibilité de voir son infraction requalifiée en appel, il n'a pu exercer correctement ses droits de la défense à l'égard de l'infraction dont il a finalement été jugé coupable à l'issue de cette procédure. La décision de la Cour suprême sur son pourvoi n'ayant pas purgé les vices de la procédure, son procès n'aurait pas été équitable au sens de l'article 6 § 1 de la Convention.

### *3. La Commission*

46. La Commission a estimé qu'il n'était pas possible d'établir que le requérant savait que le tribunal régional pouvait rendre un verdict d'escroquerie aggravée différent de celui de la juridiction du premier degré. Eu égard à la nécessité de prêter une attention particulière à la notification à l'accusé des charges pesant sur lui, la Commission a considéré que la procédure avait manqué aux exigences de l'article 6 § 3 a) de la Convention.

De surcroît, la Commission – tout en s’abstenant de spéculer sur le bien-fondé des arguments que le requérant aurait pu invoquer s’il avait eu l’occasion de se défendre de l’accusation d’escroquerie devant le tribunal régional – a considéré que la défense aurait été différente de celle développée pour contrer l’accusation initiale, compte tenu des différences évidentes existant en droit hongrois entre les définitions respectives des infractions de « détournement » et d’« escroquerie ».

Dès lors que l’escroquerie ne constituait pas un élément intrinsèque de l’accusation initialement portée, la Commission a considéré que le tribunal régional aurait dû offrir au requérant la possibilité d’exercer ses droits de la défense sur la question de l’escroquerie d’une manière pratique et effective, et surtout en temps utile.

La Commission a conclu que les droits du requérant à être informé de façon détaillée de la nature et des causes de l’accusation portée contre lui et à bénéficier du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense avaient été méconnus, entraînant aussi une violation du paragraphe 3 a) et b) de l’article 6 de la Convention combiné avec le paragraphe 1 du même article.

## B. Appréciation de la Cour

47. La Cour rappelle que l’équité de la procédure doit s’apprécier à la lumière de la procédure considérée dans son ensemble (voir, par exemple, les arrêts *Miailhe c. France* (n° 2) du 26 septembre 1996, *Recueil* 1996-IV, p. 1338, § 43, et *Imbrioscia c. Suisse* du 24 novembre 1993, série A n° 275, pp. 13-14, § 38). Le paragraphe 3 a) de l’article 6 montre la nécessité de mettre un soin extrême à notifier l’« accusation » à la personne poursuivie. L’acte d’accusation joue un rôle déterminant dans les poursuites pénales : à compter de sa signification, l’inculpé est officiellement avisé par écrit de la base juridique et factuelle des reproches formulés contre lui (arrêt *Kamasinski c. Autriche* du 19 décembre 1989, série A n° 168, pp. 36-37, § 79). L’article 6 § 3 a) de la Convention reconnaît à l’accusé le droit d’être informé non seulement de la cause de l’« accusation », c’est-à-dire des faits matériels qui sont mis à sa charge et sur lesquels se fonde l’accusation, mais aussi de la qualification juridique donnée à ces faits, et ce d’une manière détaillée (*Pélissier et Sassi c. France* [GC], n° 25444/94, § 51, CEDH 1999-II).

La portée de cette disposition doit notamment s’apprécier à la lumière du droit plus général à un procès équitable que garantit le paragraphe 1 de l’article 6 de la Convention. En matière pénale, une information précise et complète des charges pesant sur un accusé, et donc la qualification juridique que la juridiction pourrait retenir à son encontre, est une condition essentielle de l’équité de la procédure. A cet égard, il convient

d'observer que les dispositions de l'article 6 § 3 a) n'imposent aucune forme particulière quant à la manière dont l'accusé doit être informé de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui. La Cour rappelle par ailleurs qu'il existe un lien entre les alinéas a) et b) de l'article 6 § 3 et que le droit à être informé de la nature et de la cause de l'accusation doit être envisagé à la lumière du droit pour l'accusé de préparer sa défense (*ibidem*, §§ 52-54).

48. En l'espèce, la Cour observe que le requérant ne savait pas que le tribunal régional pouvait requalifier son infraction en escroquerie. Cette circonstance a certainement amoindri ses chances de se défendre des charges dont il fut finalement reconnu coupable.

49. Toutefois, contrairement à la Commission, la Cour attribue à cet égard une importance décisive à la procédure qui s'est déroulée ultérieurement devant la Cour suprême.

50. Il convient de noter en effet que la Cour suprême s'est livrée à un examen complet de la cause du requérant, tant au regard du droit procédural qu'au regard du droit matériel. Après avoir étudié les dossiers des juridictions inférieures et les observations présentées par le requérant et par l'accusation, la haute juridiction entendit lors d'une séance publique des observations orales de la part des avocats de la défense et du parquet de la Cour suprême (paragraphe 15 ci-dessus). De plus, en vertu de l'article 291 § 3 du code de procédure pénale (paragraphe 30 ci-dessus), elle aurait pu elle-même substituer une décision d'acquiescement à la condamnation du requérant.

51. La Cour observe que la Cour suprême rejeta la défense du requérant, qui cherchait à se faire blanchir de l'accusation d'escroquerie. Elle jugea que le non-respect par l'intéressé de ses obligations contractuelles avait eu pour effet de tromper la victime, et que le transfert des fonds en question sur le compte bancaire de E. Kft s'analysait en la réalisation de gains illicites. Elle considéra par ailleurs que les éléments constitutifs de l'infraction d'escroquerie étaient présents dans l'acte d'accusation.

Dans ces conditions, la Cour estime que la Cour suprême a elle-même recherché si le requérant était ou non coupable d'escroquerie.

52. Souscrivant à l'argument du Gouvernement sur ce point, la Cour considère dès lors que le requérant a eu l'occasion de présenter devant la Cour suprême sa défense à l'égard de l'infraction requalifiée. Se livrant à une appréciation de l'équité de la procédure appréhendée dans son ensemble – et eu égard à la nature de l'examen de la cause effectué par la Cour suprême – la Cour juge que tous les vices ayant pu entacher la procédure devant le tribunal régional ont été purgés devant la Cour suprême.

Dès lors, la Cour estime que les droits du requérant à être informé dans le détail de la nature et de la cause de l'accusation dirigée contre lui et à

disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense n'ont pas été méconnus.

53. Il en résulte que l'article 6 de la Convention n'a pas été violé.

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

1. *Rejette* l'exception préliminaire du Gouvernement ;
2. *Dit* qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6 de la Convention.

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 1<sup>er</sup> mars 2001, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Erik FRIBERGH  
Greffier

Giovanni BONELLO  
Président





MALAMA c. GRÈCE  
(Requête n° 43622/98)

DEUXIÈME SECTION

ARRÊT DU 1<sup>er</sup> MARS 2001<sup>1</sup>

---

1. Texte français original.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Indemnité d'expropriation fixée sans tenir compte de la durée écoulée depuis l'expropriation****Article 1 du Protocole n° 1**

*Privation de propriété – Expropriation – Indemnité d'expropriation fixée sans tenir compte de la durée écoulée depuis l'expropriation – Utilité publique – Logement de réfugiés – Montant de l'indemnité d'expropriation – Juste équilibre*

\*  
\* \*

La mère de la requérante hérita d'un terrain qui avait été exproprié par un arrêté ministériel de 1923, au profit d'une personne morale de droit public fondée pour faire face aux besoins des réfugiés provenant d'Asie Mineure. Le terrain avait été immédiatement occupé sans versement d'aucune indemnisation. La procédure en indemnisation introduite en 1928 par le propriétaire initial dura plus de vingt ans sans aboutir. En 1963, la mère de la requérante et sa sœur saisirent le tribunal de première instance d'Athènes d'une action tendant à la fixation du montant unitaire provisoire d'indemnisation sur la base de la valeur du terrain en 1963. Une fois ce prix fixé, elles saisirent en 1964 le même tribunal pour la fixation du montant unitaire définitif de l'indemnisation. En 1993, la cour d'appel d'Athènes fixa le montant de l'indemnité due à 10 drachmes en papier (anciennes) le mètre carré. Cette décision devint définitive en 1996 à la suite du rejet du pourvoi en cassation de l'Etat. En septembre 1997, par jugement définitif, le tribunal reconnut à la requérante la qualité de titulaire des créances de sa mère. En octobre 1997, la requérante notifia ce jugement à l'Etat et demanda à plusieurs reprises le versement de l'indemnité dans les plus brefs délais. Ce n'est qu'en décembre 1998 que le ministère des Finances ordonna le versement de l'indemnité et que la conversion en drachmes actuelles fut effectuée. La requérante déclara accepter le versement sous réserve de revendiquer devant la Cour toute somme supplémentaire du fait du non-versement d'une indemnité complète. L'argent lui fut versé en avril 1999.

1. Exception préliminaire du Gouvernement (délai de six mois): le fait que la requérante, qui en 1997 s'était vu reconnaître titulaire de l'indemnité fixée en 1993, demanda à plusieurs reprises le versement de l'indemnité, sans résultat, puis saisit la Commission pour s'en plaindre, révèle l'existence d'une situation continue touchant aux griefs tirés de l'équité de la procédure et au droit de la requérante au respect de ses biens. La règle des six mois ne saurait dès lors lui

---

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

être opposée. Si l'indemnité fut fixée en 1993, la requérante n'a pu connaître avec certitude le montant exact de son indemnisation qu'en décembre 1998, date de la conversion en drachmes actuelles de la somme en anciennes drachmes. Ce n'est qu'alors qu'elle eut pour la première fois connaissance de la somme qui lui était allouée. L'exception est donc à rejeter.

2. Article 1 du Protocole n° 1 : il n'est pas contesté qu'il y a eu une ingérence dans le droit de la requérante au respect de ses biens qui s'analyse en une privation de propriété. Par ailleurs, l'expropriation était prévue par la loi. L'ingérence visait un but légitime d'utilité publique car elle avait pour but le logement de réfugiés, sujet crucial sur le plan économique et social à cette époque. Toutefois, le fait que les autorités nationales n'ont pas retenu une période de plus de soixante-quinze ans depuis l'expropriation du terrain litigieux dans la fixation et le versement de l'indemnité due à la requérante a rompu, en défaveur de celle-ci, le juste équilibre à ménager entre la protection de la propriété et les exigences de l'intérêt général.

*Conclusion* : violation (unanimité).

La Cour conclut, à l'unanimité, qu'il n'est pas nécessaire d'examiner l'allégation d'un manquement à l'article 6 § 1 de la Convention.

Article 41 : la Cour réserve la question de la satisfaction équitable.

### **Jurisprudence citée par la Cour**

*Sporrong et Lönnroth c. Suède*, arrêt du 23 septembre 1982, série A n° 52

*James et autres c. Royaume-Uni*, arrêt du 21 février 1986, série A n° 98

*Les saints monastères c. Grèce*, arrêt du 9 décembre 1994, série A n° 301-A

*Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, arrêt du 9 décembre 1994, série A n° 301-B

*Pressos Compania Naviera S.A. et autres c. Belgique*, arrêt du 20 novembre 1995, série A n° 332

*Amuur c. France*, arrêt du 25 juin 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III

**En l'affaire Malama c. Grèce,**

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

MM. A.B. BAKA, *président*,

C.L. ROZAKIS,

G. BONELLO,

M<sup>me</sup> V. STRÁŽNICKÁ,

MM. P. LORENZEN,

M. FISCHBACH,

A. KOVLER, *juges*,

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

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 25 novembre 1999,  
18 janvier et 8 février 2001,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 43622/98) dirigée contre la République hellénique et dont une ressortissante de cet État, M<sup>me</sup> Eleni Malama («la requérante»), avait saisi la Commission européenne des Droits de l'Homme («la Commission») le 15 septembre 1998 en vertu de l'ancien article 25 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales («la Convention»).

2. Les griefs soulevés par la requérante lors de l'introduction de sa requête avaient trait au refus des autorités nationales de se conformer aux arrêts des tribunaux grecs fixant l'indemnité d'expropriation. Invoquant les articles 6 § 1 de la Convention et 1 du Protocole n° 1, la requérante se plaignait de ce que le refus de l'État grec de lui payer l'indemnité due méconnaissait son droit à une protection judiciaire effective s'agissant des contestations sur ses droits de caractère civil, et portait atteinte à son droit au respect de ses biens. Sur le terrain de l'article 6 § 1, la requérante dénonçait en outre la durée de la procédure. Par la suite, après avoir perçu une somme au titre de l'indemnité d'expropriation, la requérante s'est aussi plainte du montant de cette indemnité.

3. La requête a été transmise à la Cour le 1<sup>er</sup> novembre 1998, date d'entrée en vigueur du Protocole n° 11 à la Convention (article 5 § 2 dudit Protocole).

4. La requête a été attribuée à la deuxième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement de la Cour).

5. Au sein de ladite section, la chambre chargée d'examiner l'affaire (article 27 § 1 de la Convention) a été constituée conformément à l'article 26 § 1 du règlement.

6. Par une décision du 25 novembre 1999, la chambre a déclaré la requête recevable<sup>1</sup>.

7. Une audience s'est déroulée en public au Palais des Droits de l'Homme, à Strasbourg, le 18 janvier 2001 (article 59 § 2 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M.	P. GEORGAKOPOULOS, conseiller au Conseil juridique de l'Etat,	<i>délégué de l'agent,</i>
M <sup>me</sup>	K. GRIGORIOU, assesseur au Conseil juridique de l'Etat,	<i>conseillère ;</i>

– *pour la requérante*

M <sup>es</sup>	N. ALIVIZATOS,	<i>conseil,</i>
	E. KIOUSSOPOULOU,	<i>conseillère,</i>
	P. VOYATZIS, avocats au barreau d'Athènes,	<i>conseiller.</i>

La Cour a entendu en leurs déclarations M<sup>es</sup> Alivizatos et Kioussopoulou, et M<sup>me</sup> Grigoriou.

## EN FAIT

8. La mère de la requérante, Ioulia Andrikou, était la fille adoptive de Lambros Veicos. Ce dernier, décédé en 1934, était propriétaire en indivision des trois quarts d'un terrain d'une superficie totale de 942 250 m<sup>2</sup>, situé dans la banlieue d'Athènes. Ce terrain comprenait, entre autres, une pinède de 250 000 m<sup>2</sup>, exploitée depuis longtemps, dix carrières et deux sablières.

9. Le 27 décembre 1923, par un arrêté du ministre de la Santé, de la Prévoyance, de la Protection sociale et de l'Agriculture, l'Etat grec procéda à l'expropriation du terrain en question au profit du Fonds de secours des réfugiés (Ταμείο Περιθάλψεως Προσφύγων), personne morale de droit public fondée pour faire face aux besoins des réfugiés venant d'Asie Mineure à la suite de l'échange obligatoire de populations prévu par le Traité de Lausanne de 1923.

10. Dès le lendemain de l'arrêté ministériel, les autorités compétentes commencèrent à occuper le terrain exproprié, sans qu'aucune indemnité ne soit versée à Lambros Veicos. En effet, l'expropriation se fondait sur un acte du gouvernement grec («le Gouvernement») du 14 février 1923 autorisant l'expropriation de terrains et leur occupation avant toute

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

indemnisation des propriétaires. Cet acte fut ultérieurement ratifié par une résolution constitutionnelle du 15 septembre 1924; son contenu fut également repris à l'article 119 de la Constitution de 1927.

11. Le 15 mai 1928, Lambros Veicos saisit les tribunaux compétents pour obtenir l'indemnité qui lui était due par l'Etat, qui avait entre-temps succédé au Fonds de secours des réfugiés, dissous en 1925. Par un arrêt n° 184/1928 du 31 août 1928, le président du tribunal de première instance d'Athènes fixa le montant unitaire provisoire de l'indemnisation. Le 20 octobre 1928, l'Etat grec saisit le tribunal de première instance d'Athènes d'une action pour obtenir que soit fixé le montant unitaire définitif de l'indemnisation. Par des arrêts nos 3117/1929, 9477/1930, 4590/1932 et 1494/1934, le tribunal ajourna l'examen de l'affaire et ordonna de recueillir des preuves, ainsi qu'une expertise à la diligence de l'Etat. Cette procédure dura plus de vingt ans, sans jamais aboutir à un arrêt définitif. Lambros Veicos décéda en 1934.

12. Le 1<sup>er</sup> mai 1963, Ioulia Andricou et sa sœur, mère et tante de la requérante respectivement et seules héritières de Lambros Veicos, saisirent le tribunal de première instance d'Athènes d'une nouvelle action tendant à obtenir que soit fixé le montant unitaire provisoire d'indemnisation sur la base de la valeur réelle du terrain litigieux en 1963.

13. Le 26 octobre 1963, le tribunal fixa le montant unitaire provisoire de l'indemnisation (jugement n° 1905/1963).

14. Le 20 janvier 1964, Ioulia Andricou et sa sœur saisirent le tribunal de grande instance d'Athènes d'une action tendant à ce que le montant unitaire définitif de l'indemnisation soit fixé.

15. Le 27 juin 1964, le tribunal ordonna de nouveau de recueillir des preuves et une expertise sur la valeur du terrain litigieux (jugement n° 13725/1964).

16. Le 20 novembre 1976, le tribunal constata qu'aucune expertise n'avait été effectuée; il ajourna alors l'examen de l'affaire (jugement n° 15640/1976).

17. Le 8 juillet 1981, le tribunal, saisi à la suite d'une citation des parties, ordonna une expertise supplémentaire (jugement n° 12474/1981).

18. Le 17 juin 1983, le tribunal fixa le montant unitaire définitif de l'indemnisation (jugement n° 9283/1983).

19. Le 5 mars 1984, Ioulia Andricou et les héritiers de sa sœur, entre-temps décédée, interjetèrent appel du jugement du tribunal de première instance. Le 18 décembre 1984, l'Etat interjeta aussi appel dudit jugement. L'affaire fut ajournée à plusieurs reprises. Les deux appels ont été finalement entendus le 3 mars 1992, puis le 5 octobre 1993.

20. Le 10 décembre 1993, la cour d'appel d'Athènes rejeta le recours interjeté par l'Etat et fixa le montant de l'indemnité due à 10 drachmes en papier (anciennes) le mètre carré. Cette somme correspondait à la valeur que le terrain exproprié était censé avoir en septembre 1922. La cour

d'appel précisa qu'en septembre 1922, 7,16 drachmes en papier correspondaient à une drachme métallique, c'est-à-dire «une drachme en or de l'Union latine» (arrêt n° 7966/1993).

21. Le 18 avril 1994, l'Etat se pourvut en cassation.

22. Le 18 juin 1996, la Cour de cassation rejeta ce pourvoi et confirma l'arrêt de la cour d'appel, qui est ainsi devenu définitif et irrévocable (arrêt n° 920/1996).

23. Le 10 janvier 1997, la requérante, étant entre-temps devenue titulaire des créances de sa mère par les actes notariés n<sup>os</sup> 1222/1995 et 1225/1995, saisit le tribunal de première instance d'Athènes pour faire reconnaître son droit aux trois huitièmes de l'indemnité fixée par la cour d'appel. La requérante sollicita en outre le versement de cette indemnité.

24. Entre-temps, dans le cadre d'une autre affaire d'expropriation concernant un terrain situé à une distance de 150 mètres du terrain litigieux, le tribunal de première instance d'Athènes fixa le montant unitaire provisoire de l'indemnisation à 70 000 drachmes (GRD) le mètre carré (jugement n° 12/1997). Par la suite, l'Etat accepta ce montant et versa l'indemnité aux personnes y ayant droit.

25. Le 12 septembre 1997, le tribunal de première instance d'Athènes reconnut la requérante comme l'ayant droit aux trois huitièmes de l'indemnité fixée par l'arrêt n° 7966/1993 de la cour d'appel d'Athènes (jugement n° 1783/1997). Ce jugement est définitif et irrévocable.

26. Le 7 octobre 1997, la requérante notifia ledit jugement à l'Etat grec. Le 10 octobre 1997, elle demanda auprès de la direction des expropriations du ministère des Finances le versement de l'indemnité qui lui était due dans les plus brefs délais. N'ayant reçu aucune réponse, elle renouvela cette demande les 8 janvier et 9 mars 1998.

27. Le 18 juin 1998, le Conseil juridique de l'Etat examina une demande qui lui avait été adressée par la direction des biens publics du ministère des Finances. L'objet de cette demande était la question de savoir si l'Etat avait l'obligation de verser à la requérante l'indemnité fixée par les juridictions internes et, dans l'affirmative, quel était le mode de calcul de cette indemnité. Le Conseil juridique répondit par l'affirmative à la première question. Par ailleurs, après une analyse très détaillée des critères appliqués en la matière, le Conseil juridique conclut que la valeur d'une drachme métallique correspondait à 0,32258 fois celle du gramme d'or à la Bourse d'Athènes.

28. Le 15 septembre 1998, la requérante saisit la Commission. Elle se plaignait de ce que le refus de l'Etat grec de lui payer l'indemnité due méconnaissait son droit à une protection judiciaire effective s'agissant des contestations sur ses droits de caractère civil, et portait atteinte à son droit au respect de ses biens. Elle se plaignait en outre de la durée de la procédure.



29. Par un acte du 21 décembre 1998, le ministère des Finances, après avoir procédé au calcul du montant de l'indemnité d'expropriation en drachmes actuelles, ordonna le remboursement à la requérante d'une somme de 461 014 975 GRD.

30. Par une lettre du 30 mars 1999, la requérante déclara qu'elle était prête à encaisser ladite somme sous réserve «de revendiquer (...) devant la Cour européenne des Droits de l'Homme (...) toute somme supplémentaire au titre du préjudice matériel (...) subi du fait du non-versement d'une indemnité complète d'expropriation».

31. Le 21 avril 1999, l'argent fut versé sur le compte bancaire de la requérante.

## EN DROIT

### I. SUR LES EXCEPTIONS PRÉLIMINAIRES DU GOUVERNEMENT

#### **A. Sur l'exception tirée du non-respect du délai de six mois**

32. Selon le Gouvernement, la requérante n'a pas respecté le délai de six mois prévu par l'article 35 § 1 de la Convention. Dans ses observations écrites sur la recevabilité de la requête du 26 mai 1999, il soutenait que la procédure s'était achevée par le jugement du tribunal de première instance d'Athènes du 12 septembre 1997, donc plus de six mois avant le 15 septembre 1998, date d'introduction de la requête. Par la suite, dans ses observations complémentaires du 25 février 2000, le Gouvernement a affirmé que la décision interne définitive au sens de la Convention était l'arrêt rendu par la cour d'appel d'Athènes le 10 décembre 1993.

33. La requérante soutient pour sa part que le refus de l'Etat de lui verser une indemnité équitable pour l'expropriation de son terrain l'a incitée à saisir les organes de la Convention. Elle conclut que ses griefs ont trait à une situation continue, qui perdure à l'heure actuelle en dépit du versement d'une indemnité en avril 1999.

#### *1. Quant au grief tiré de la durée de la procédure*

34. La Cour relève que la procédure tendant à la fixation d'une indemnité pour l'expropriation du terrain litigieux, entamée le 15 mai 1928, a pris fin par l'arrêt de la Cour de cassation du 18 juin 1996. Cette procédure a été suivie par une autre tendant à la reconnaissance de la requérante comme l'ayant droit à l'indemnité, instance qui a pris fin le 12 septembre 1997. Ces deux procédures se sont donc terminées plus de six mois avant le 15 septembre 1998, date d'introduction de la requête. S'il est vrai que l'exécution des jugements susmentionnés a eu lieu après l'introduction de la requête, la Cour ne saurait estimer que ce délai entre

en ligne de compte pour ce qui est de la période à considérer au regard du grief tiré de la durée de la procédure.

Dès lors, la Cour n'a pas compétence pour connaître dudit grief.

*2. Quant au grief tiré du refus des autorités nationales de verser à la requérante l'indemnité due et au grief tiré du droit de la requérante au respect de ses biens*

35. La Cour relève que, à la suite du jugement du tribunal de première instance d'Athènes du 12 septembre 1997 la reconnaissant comme l'ayant droit à l'indemnité fixée en 1993, la requérante a demandé à plusieurs reprises le versement de l'indemnité en question, sans résultat. Elle a alors saisi la Commission pour se plaindre de l'impossibilité d'obtenir une compensation équitable pour l'expropriation de son terrain. Cela révèle l'existence d'une situation continue, touchant aux griefs tirés de l'équité de la procédure et du droit de la requérante au respect de ses biens, de sorte qu'à cet égard la règle des six mois ne saurait lui être opposée. Enfin, s'il est vrai que l'indemnité d'expropriation a été fixée en 1993 par la cour d'appel, il est clair que la requérante ne pouvait à cette époque connaître avec certitude la valeur exacte à laquelle correspondaient 10 drachmes en papier (anciennes) le mètre carré, la conversion de cette somme en drachmes actuelles n'ayant été opérée que le 21 décembre 1998. C'est à cette date que la requérante a eu pour la première fois connaissance de la somme qui lui était allouée. La règle des six mois ne trouve donc pas à s'appliquer.

## **B. Sur les autres exceptions préliminaires du Gouvernement**

*1. Les exceptions soulevées au stade de la recevabilité de la requête*

36. Le Gouvernement soulève de nouveau les exceptions préliminaires déjà mentionnées dans ses observations écrites sur la recevabilité de la requête du 26 mai 1999.

37. La Cour rappelle qu'elle a déjà rejeté lesdites exceptions dans sa décision sur la recevabilité de la requête du 25 novembre 1999. Elle n'estime pas nécessaire de procéder une seconde fois à leur examen.

Il échet donc de rejeter les exceptions dont il s'agit.

*2. Les exceptions soulevées après la décision de recevabilité*

38. Dans ses observations complémentaires du 25 février 2000, le Gouvernement a plaidé que la requérante n'avait pas épuisé les voies de recours internes, faute d'avoir formé un pourvoi en cassation contre l'arrêt n° 7966/1993 de la cour d'appel fixant le montant unitaire définitif de l'indemnisation. Par ailleurs, le Gouvernement a estimé que la

requérante avait soulevé pour la première fois le grief tiré du montant de l'indemnité fixée dans ses observations sur la recevabilité de la requête du 20 juillet 1999, modifiant ainsi l'objet de sa requête.

39. La requérante invoque en réponse la tardiveté de l'exception, puisque le Gouvernement aurait pu la soulever dès le stade de l'examen de la recevabilité de la requête. En tout état de cause, elle affirme qu'en vertu des textes constitutionnels et de la jurisprudence de l'époque, son recours n'aurait pas abouti. La requérante considère donc qu'on ne saurait lui reprocher de ne pas avoir voulu prolonger une procédure, qui était déjà excessivement longue, par un recours voué à l'échec et ce d'autant plus que l'indemnité due ayant été fixée à 10 drachmes en papier (anciennes) le mètre carré, la requérante n'était pas en mesure de connaître, ne serait-ce que vaguement, la somme qui lui avait été allouée. Enfin, elle souligne que l'objet de sa requête a toujours été le non-versement d'une compensation équitable pour l'expropriation de son terrain.

40. La Cour rappelle qu'aux termes de l'article 55 de son règlement, «[s]i la Partie contractante défenderesse entend soulever une exception d'irrecevabilité, elle doit le faire, pour autant que la nature de l'exception et les circonstances le permettent, dans les observations écrites ou orales sur la recevabilité de la requête (...)». Or il ressort du dossier que cette condition ne se trouve pas remplie en l'espèce. Il y a donc forclusion. La Cour ne saurait non plus admettre que la requérante a modifié l'objet de sa requête, puisque ses griefs ont manifestement toujours eu trait à l'absence d'une indemnisation équitable pour l'expropriation de son terrain. Le versement dans l'intervalle d'une compensation dont le montant est contesté par la requérante constitue certes un fait nouveau, mais qui s'inscrit dans le contexte des mêmes griefs.

Il échet donc de rejeter cette exception.

## II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 1 DU PROTOCOLE N° 1

41. La requérante se plaint d'une double atteinte à son droit au respect de ses biens, résultant, d'une part, du non-versement d'une indemnité pendant plus de soixante-quinze ans et, d'autre part, de la fixation de l'indemnité à un montant nettement inférieur à la valeur actuelle du terrain litigieux. Elle invoque l'article 1 du Protocole n° 1, ainsi libellé :

« 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.»

Cet article contient trois normes distinctes : la première, qui s'exprime dans la première phrase du premier alinéa et revêt un caractère général, énonce le principe du respect de la propriété ; la deuxième, figurant dans la seconde phrase du même alinéa, vise la privation de propriété et la soumet à certaines conditions ; quant à la troisième, consignée dans le second alinéa, elle reconnaît aux Etats le pouvoir, entre autres, de réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général. Il ne s'agit pas pour autant de règles dépourvues de rapport entre elles. La deuxième et la troisième ont trait à des exemples particuliers d'atteintes aux biens ; dès lors, elles doivent s'interpréter à la lumière du principe consacré par la première.

#### **A. Sur l'existence d'une ingérence dans le droit de propriété**

42. Les parties ne contestent pas qu'il y a eu une ingérence dans le droit de la requérante au respect de ses biens s'analysant en une «privation» de propriété au sens de la seconde phrase du premier alinéa de l'article 1 du Protocole n° 1.

Dès lors, la Cour doit rechercher si l'ingérence dénoncée se justifie sous l'angle de cette disposition.

#### **B. «Prévue par la loi»**

43. La Cour rappelle que l'article 1 du Protocole n° 1 exige, avant tout et surtout, qu'une ingérence de l'autorité publique dans la jouissance du droit au respect des biens soit légale : la seconde phrase du premier alinéa de cet article n'autorise une privation de propriété que «dans les conditions prévues par la loi» et le second alinéa reconnaît aux Etats le droit de réglementer l'usage des biens en mettant en vigueur des «lois». De plus, la prééminence du droit, l'un des principes fondamentaux d'une société démocratique, est une notion inhérente à l'ensemble des articles de la Convention (arrêt *Amuur c. France* du 25 juin 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III, pp. 850-851, § 50).

44. En l'espèce, il n'est pas contesté que l'expropriation litigieuse se fondait sur un acte du gouvernement du 14 février 1923 qui, dans le cadre du logement urbain des réfugiés, autorisait l'expropriation de terrains et leur occupation avant toute indemnisation des propriétaires. Cet acte fut ultérieurement ratifié par une résolution constitutionnelle

et son contenu fut repris par la Constitution de 1927. La Cour constate donc que la condition de légalité était remplie.

### C. «Pour cause d'utilité publique»

45. La Cour doit maintenant rechercher si cette privation de propriété poursuivait un but légitime, à savoir s'il existait une «cause d'utilité publique» au sens de la deuxième règle énoncée par l'article 1 du Protocole n° 1.

46. La Cour estime que, grâce à une connaissance directe de leur société et de ses besoins, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour déterminer ce qui est «d'utilité publique». Dans le mécanisme de protection créé par la Convention, il leur appartient par conséquent de se prononcer les premières sur l'existence d'un problème d'intérêt général justifiant des privations de propriété. Dès lors, elles jouissent ici d'une certaine marge d'appréciation, comme en d'autres domaines auxquels s'étendent les garanties de la Convention.

De plus, la notion d'«utilité publique» est ample par nature. En particulier, la décision d'adopter des lois portant privation de propriété implique d'ordinaire l'examen de questions politiques, économiques et sociales. Estimant normal que le législateur dispose d'une latitude pour mener une politique économique et sociale, la Cour respecte la manière dont il conçoit les impératifs de l'«utilité publique», sauf si son jugement se révèle manifestement dépourvu de base raisonnable (arrêt *James et autres c. Royaume-Uni* du 21 février 1986, série A n° 98, p. 32, § 46).

47. Dans le cas d'espèce, les parties ne contestent nullement que l'expropriation incriminée avait pour but de loger les réfugiés provenant d'Asie Mineure à la suite de l'échange obligatoire des populations prévu par le Traité de Lausanne de 1923. A cette époque, la question de l'accueil des réfugiés constituait un sujet crucial sur les plans économique et social. La Cour estime donc que la mesure litigieuse poursuivait un but légitime.

### D. Proportionnalité de l'ingérence

48. Une mesure d'ingérence dans le droit au respect des biens doit ménager un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu (voir, parmi d'autres, l'arrêt *Sporrong et Lönnroth c. Suède* du 23 septembre 1982, série A n° 52, p. 26, § 69). Le souci d'assurer un tel équilibre se reflète dans la structure de l'article 1 tout entier, donc aussi dans la seconde phrase qui doit se lire à la lumière du principe consacré par la première. En particulier, il doit exister un rapport raisonnable de

proportionnalité entre les moyens employés et le but visé par toute mesure privant une personne de sa propriété (arrêt *Pressos Compania Naviera S.A. et autres c. Belgique* du 20 novembre 1995, série A n° 332, p. 23, § 38).

Afin de déterminer si la mesure litigieuse respecte le juste équilibre voulu et, notamment, si elle ne fait pas peser sur les requérants une charge disproportionnée, il y a lieu de prendre en considération les modalités d'indemnisation prévues par la législation interne. A cet égard, la Cour a déjà dit que sans le versement d'une somme raisonnablement en rapport avec la valeur du bien, une privation de propriété constitue normalement une atteinte excessive, et un manque total d'indemnisation ne saurait se justifier sur le terrain de l'article 1 que dans des circonstances exceptionnelles (arrêt *Les saints monastères c. Grèce* du 9 décembre 1994, série A n° 301-A, p. 35, § 71).

49. Pour ce qui est de la présente affaire, la requérante souligne que l'indemnité a été fixée sur la base de la valeur que le terrain était censé avoir en septembre 1922. Or limiter l'indemnité à la valeur qu'avait sa propriété en 1922, sans tenir du tout compte de la durée excessive et déraisonnable qu'a connue la procédure de fixation de l'indemnité, constitue, selon la requérante, une ingérence arbitraire dans son droit au respect de ses biens et ce d'autant plus que la somme fixée ne correspondait qu'à 1,53 % de la valeur actuelle du terrain exproprié. La requérante invoque à l'appui de cette allégation un jugement du tribunal de première instance d'Athènes du 14 janvier 1997, fixant le montant unitaire de l'indemnisation – pour l'expropriation d'un terrain situé à 150 mètres du terrain litigieux – à 70 000 GRD le mètre carré.

50. Le Gouvernement affirme que, eu égard à la marge d'appréciation que l'article en cause laisse aux autorités nationales, l'indemnité fixée par les juridictions internes – et ce à l'issue d'une procédure contradictoire au cours de laquelle la requérante a pu présenter tous ses arguments – était raisonnablement en rapport avec la valeur des biens expropriés.

51. La Cour ne s'estime pas appelée à se prononcer sur la question de savoir sur quelle base les juridictions nationales auraient dû fixer le montant de l'indemnisation. En effet, la Cour ne saurait se substituer aux tribunaux grecs pour déterminer l'année qui devait être prise en considération pour estimer la valeur du terrain exproprié et fixer les sommes dues en conséquence. Toutefois, la Cour ne peut qu'observer qu'en calculant l'indemnité en question, la cour d'appel n'a aucunement tenu compte de la durée excessive de la procédure litigieuse. La requérante ne s'est vu accorder aucune somme au titre du préjudice matériel ou moral subi par elle et sa famille en raison de la privation sans compensation de leur propriété pendant soixante-dix ans, ni même une somme au titre des intérêts légaux. De plus, bien que le versement de ladite indemnité n'eût eu lieu que plus de cinq ans après sa fixation par la

cour d'appel, la requérante n'a reçu aucune somme supplémentaire au titre des intérêts légaux (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce* du 9 décembre 1994, série A n° 301-B, p. 90, § 82).

52. La Cour estime en conséquence que le fait que les autorités nationales n'aient pas retenu une période de plus de soixante-quinze ans à compter de l'expropriation du terrain litigieux s'agissant de fixer et de verser l'indemnité due à la requérante rompt, au détriment de celle-ci, le juste équilibre à ménager entre la protection de la propriété et les exigences de l'intérêt général.

Il y a donc eu violation de l'article 1 du Protocole n° 1.

### III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 6 § 1 DE LA CONVENTION

53. La requérante se plaint de ce que le refus qui lui a été opposé pendant plusieurs années par l'Etat grec de fixer et de lui payer l'indemnité d'expropriation due, a méconnu son droit à une protection judiciaire effective s'agissant des contestations sur ses droits de caractère civil. Elle invoque 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 (...) »

54. Vu son constat de violation concernant le droit de la requérante au respect de ses biens (paragraphe 52 ci-dessus), la Cour ne juge pas nécessaire d'examiner l'allégation de manquement à l'article 6 § 1 de la Convention.

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

55. 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. »

56. Au titre du préjudice matériel, la requérante réclame soit un montant de 30 034 218 750 drachmes (GRD) (équivalent aux trois huitièmes de la valeur actuelle du terrain litigieux), dont il faudra déduire l'indemnité qui lui a déjà été versée en avril 1999, soit, si la Cour estime que la somme versée en avril 1999 correspond à la valeur du terrain litigieux, un montant de 4 380 412 004 GRD (qui correspond à la perte de revenus subie depuis l'expropriation du terrain en 1923 jusqu'à la saisine

des organes de la Convention en 1998). La requérante sollicite en outre 150 000 000 de GRD au titre du préjudice moral. Elle demande enfin 7 700 000 GRD pour les frais et dépens encourus devant les juridictions nationales et les organes de la Convention.

57. Le Gouvernement soutient que, au cas où la Cour constaterait une violation de l'article 1 du Protocole n° 1, elle devrait donner aux parties la possibilité de présenter des observations complémentaires sur la question de la satisfaction équitable.

58. La Cour estime que la question de l'application de l'article 41 ne se trouve pas en état. En conséquence, elle la réserve et fixera la procédure ultérieure en tenant compte de la possibilité que le Gouvernement et la requérante parviennent à un accord (article 75 § 1 du règlement).

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

1. *Accueille* l'exception préliminaire du Gouvernement quant à la recevabilité du grief tiré de l'article 6 § 1 de la Convention en ce qui concerne la durée de la procédure ;
2. *Rejette* les autres exceptions préliminaires du Gouvernement ;
3. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 1 du Protocole n° 1 ;
4. *Dit* qu'il ne s'impose pas d'examiner le grief de la requérante tiré de l'article 6 § 1 de la Convention en ce qui concerne l'équité de la procédure ;
5. *Dit* que la question de l'application de l'article 41 de la Convention ne se trouve pas en état ; en conséquence,
  - a) la *réserve* en entier ;
  - b) *invite* le Gouvernement et la requérante à lui soumettre par écrit, dans les six mois, leurs observations sur la question et, en particulier, à lui donner connaissance de tout accord auquel ils pourraient aboutir ;
  - c) *réserve* la procédure ultérieure et *délègue* au président de la chambre le soin de la fixer au besoin.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 1<sup>er</sup> mars 2001, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Erik FRIBERGH  
Greffier

András BAKA  
Président



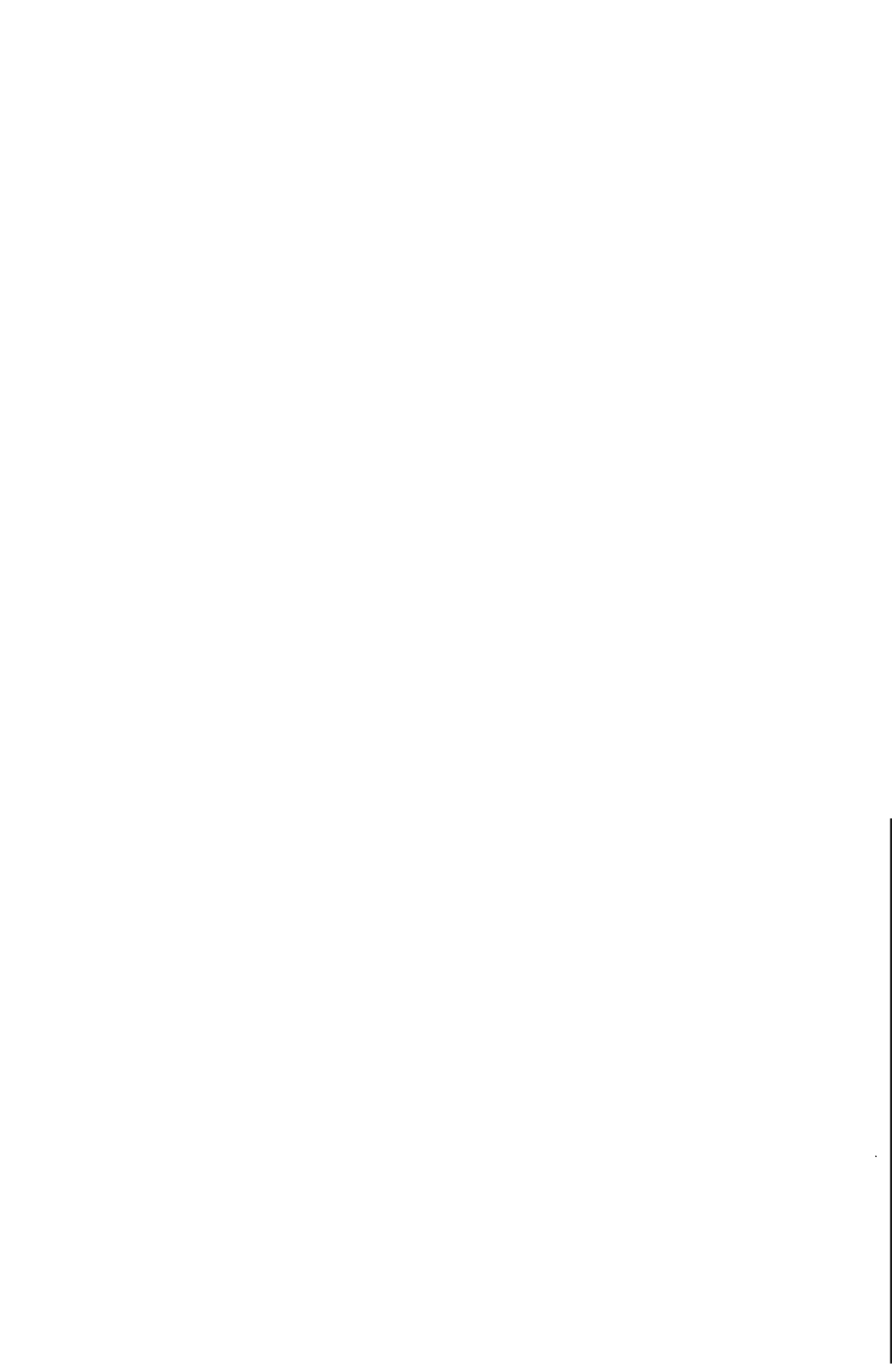
MALAMA v. GREECE  
*(Application no. 43622/98)*

SECOND SECTION

JUDGMENT OF 1 MARCH 2001<sup>1</sup>

---

1. Translation; original French.



SUMMARY<sup>1</sup>**Length of time since property was expropriated not taken into account in assessment of compensation due****Article 1 of Protocol No. 1**

*Deprivation of property – Expropriation – Length of time since property was expropriated not taken into account in assessment of compensation due – Public interest – Accommodation of refugees – Amount of compensation for expropriation – Fair balance*

\*  
\*   \*

The applicant's mother inherited land that had been expropriated pursuant to a 1923 ministerial decree for use by a public-law corporation established to meet the needs of refugees from Asia Minor. The land had been occupied immediately, without any compensation being paid. Compensation proceedings had been instituted by the original owner in 1928 and lasted more than twenty years without resulting in a final judgment. In 1963 the applicant's mother and aunt applied to the Athens Court of First Instance for an assessment of the provisional unit amount of compensation on the basis of the land's value in 1963. Once that amount had been determined, they applied to the same court in 1964 for an assessment of the final unit amount of compensation due. In 1993 the Athens Court of Appeal assessed the amount of compensation due at 10 (old) paper drachmas per square metre. That decision became final in 1996 when the Court of Cassation dismissed an appeal on points of law by the State. In a final judgment of September 1997 the Court of First Instance declared that the applicant had acquired title to her mother's claims. In October 1997 the applicant served that judgment on the State; she subsequently made a number of applications for prompt payment of the compensation. It was not until December 1998 that the Ministry of Finance ordered payment of the compensation and converted the sum into new drachmas. The applicant stated that she would accept the payment but reserved the right to claim before the Court any additional sums on account of the failure to pay full compensation. The money was paid to her in April 1999.

*Held*

(1) Government's preliminary objection (six-month rule): The fact that the applicant, who in 1997 had obtained a declaration that she was entitled to the amount of compensation determined in 1993, had made several applications for payment of the compensation, but to no avail, and had subsequently lodged a complaint with the Commission on that account indicated the existence of a

---

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

continuing situation in respect of her complaints concerning the fairness of the proceedings and her right to peaceful enjoyment of her possessions. Accordingly, the six-month rule could not be relied on against her. Although the amount of compensation had been determined in 1993, the applicant had been unable to ascertain the precise value of the award until December 1998, when the sum was converted from old drachmas into new drachmas. Only then had she learned how much she had been awarded. The objection, therefore, had to be dismissed.

(2) Article 1 of Protocol No. 1: It was not disputed that there had been an interference with the applicant's right to the peaceful enjoyment of her possessions, amounting to a "deprivation" of property. Furthermore, the expropriation had been provided for by law. The interference had pursued a legitimate aim in the public interest, as it had been intended to provide accommodation for refugees, a matter of crucial economic and social importance at the time. However, the fact that, in the assessment and payment of the compensation due to the applicant, the national authorities had failed to take into account a period of more than seventy-five years following the expropriation of the land had upset, to her detriment, the fair balance between the protection of property and the requirements of the general interest.

*Conclusion:* violation (unanimously).

The Court unanimously concluded that it was not necessary to examine the allegation of a breach of Article 6 § 1 of the Convention.

Article 41: The Court reserved the question of just satisfaction.

#### **Case-law cited by the Court**

*Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, judgment of 23 September 1982, Series A no. 52

*James and Others v. the United Kingdom*, judgment of 21 February 1986, Series A no. 98

*The Holy Monasteries v. Greece*, judgment of 9 December 1994, Series A no. 301-A

*Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, judgment of 9 December 1994, Series A no. 301-B

*Pressos Compania Naviera S.A. and Others v. Belgium*, judgment of 20 November 1995, Series A no. 332

*Amuur v. France*, judgment of 25 June 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-III

**In the case of Malama v. Greece,**

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

Mr A.B. BAKA, *President*,

Mr C.L. ROZAKIS,

Mr G. BONELO,

Mrs V. STRÁŽNICKÁ,

Mr P. LORENZEN,

Mr M. FISCHBACH,

Mr A. KOVLER, *judges*,

and Mr E. FRIBERGH, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 25 November 1999, 18 January and 8 February 2001,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 43622/98) against the Hellenic 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 Greek national, Ms Eleni Malama (“the applicant”), on 15 September 1998.

2. The complaints made by the applicant when the application was lodged related to the national authorities’ refusal to comply with judgments in which the Greek courts had determined the amount of compensation to be paid for the expropriation of her land. Relying on Article 6 § 1 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 1, the applicant complained that the Greek State’s refusal to pay her the compensation due had infringed her right to effective judicial protection in the determination of her civil rights and had infringed her right to peaceful enjoyment of her possessions. Relying on Article 6 § 1, she also complained of the length of the proceedings. Subsequently, having received compensation for the expropriation, the applicant complained about the amount.

3. The application was transmitted to the Court on 1 November 1998, when Protocol No. 11 to the Convention came into force (Article 5 § 2 of Protocol No. 11).

4. The application was allocated to the Second Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court).

5. Within that Section, the Chamber that would consider the case (Article 27 § 1 of the Convention) was constituted as provided in Rule 26 § 1.

6. In a decision of 25 November 1999 the Chamber declared the application admissible<sup>1</sup>.

7. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 18 January 2001 (Rule 59 § 2).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mr P. GEORGAKOPOULOS, Senior Adviser,	
State Legal Council,	<i>Delegate of the Agent,</i>
Mrs K. GRIGORIOU, Adviser,	
State Legal Council,	<i>Adviser;</i>

(b) *for the applicant*

Mr N. ALIVIZATOS, of the Athens Bar,	<i>Counsel,</i>
Ms E. KIOUSSOPOULOU, of the Athens Bar,	
Mr P. VOYATZIS, of the Athens Bar,	<i>Advisers.</i>

The Court heard addresses by Mr Alivizatos, Ms Kioussopoulou and Mrs Grigoriou.

## THE FACTS

8. The applicant's mother, Ioulia Andrikou, was the adopted daughter of Lambros Veicos, who died in 1934. He had owned a three-quarter undivided share of an area of 942,250 sq. m. of land in the suburbs of Athens. The land included 250,000 sq. m. of pine forest (which had been exploited for many years), ten quarries and two sand extraction sites.

9. On 27 December 1923, by a decree of the Ministry of Health, Welfare, Social Protection and Agriculture, the Greek State expropriated the land in question for use by the Refugees' Relief Fund (Ταμείο Περιθάψεως Προσφύγων), a public-law corporation established in order to meet the needs of refugees from Asia Minor following the mandatory exchange of populations under the 1923 Treaty of Lausanne.

10. The day after the ministerial decree was issued, the relevant authorities began to occupy the expropriated land, without any compensation being paid to Lambros Veicos. The basis for the

---

1. *Note by the Registry.* The Court's decision is obtainable from the Registry.

expropriation was an ordinance issued by the Greek Government (“the Government”) on 14 February 1923, authorising the expropriation and occupation of land before any compensation was paid to its owners. The ordinance was subsequently ratified by means of a constitutional resolution of 15 September 1924; its content was also incorporated in Article 119 of the 1927 Constitution.

11. On 15 May 1928 Lambros Veicos applied to the relevant courts for payment of the compensation he was owed by the State, which had in the meantime taken over from the Refugees’ Relief Fund, the fund having been wound up in 1925. In a judgment of 31 August 1928 (no. 184/1928) the President of the Athens Court of First Instance determined the provisional unit amount of compensation due. On 20 October 1928 the Greek State applied to the Athens Court of First Instance for an assessment of the final unit amount of compensation due. In a series of judgments (nos. 3117/1929, 9477/1930, 4590/1932 and 1494/1934) the court adjourned its examination of the case and directed that evidence should be obtained and that an expert assessment should be carried out by the State. The proceedings lasted more than twenty years without ever resulting in a final judgment. Lambros Veicos died in 1934.

12. On 1 May 1963 Ioulia Andricou and her sister – the applicant’s mother and aunt respectively and the sole heirs of Lambros Veicos – applied to the Athens Court of First Instance for a fresh assessment of the provisional unit amount of compensation due, on the basis of the real value of the land in 1963.

13. In a judgment of 26 October 1963 (no. 1905/1963) the court determined the provisional unit amount of compensation due.

14. On 20 January 1964 Ioulia Andricou and her sister applied to the Athens Court of First Instance for an assessment of the final unit amount of compensation due.

15. In a judgment of 27 June 1964 (no. 13725/1964) the court again directed that evidence should be obtained and that an expert assessment of the value of the land should be carried out.

16. In a judgment of 20 November 1976 (no. 15640/1976) the court noted that no expert assessment had been carried out, and consequently adjourned its examination of the case.

17. In a judgment of 8 July 1981 (no. 12474/1981) the court, on an application by the parties, ordered a further expert assessment.

18. In a judgment of 17 June 1983 (no. 9283/1983) the court determined the final unit amount of compensation due.

19. On 5 March 1984 Ioulia Andricou and the heirs of her sister, who had died in the meantime, appealed against the judgment of the Court of First Instance. On 18 December 1984 the State likewise appealed against the judgment. The case was adjourned several times. Both appeals were finally heard on 3 March 1992, and then on 5 October 1993.

20. In a judgment of 10 December 1993 (no. 7966/1993) the Athens Court of Appeal dismissed the appeal lodged by the State and assessed the amount of compensation due at 10 (old) paper drachmas per square metre, a sum corresponding to the supposed value of the expropriated land in September 1922. The Court of Appeal added that in September 1922, 7.16 paper drachmas had been equivalent to one metal drachma – that is to say, “one Latin Union gold drachma”.

21. On 18 April 1994 the State appealed on points of law.

22. In a judgment of 18 June 1996 (no. 920/1996) the Court of Cassation dismissed the State’s appeal and upheld the Court of Appeal’s judgment, which accordingly became final and irrevocable.

23. On 10 January 1997 the applicant, who had in the meantime acquired title to her mother’s claims by virtue of notarial deeds nos. 1222/1995 and 1225/1995, applied to the Athens Court of First Instance for recognition of her entitlement to three-eighths of the amount of compensation determined by the Court of Appeal, and for payment of the compensation.

24. Meanwhile, in a separate expropriation case concerning a plot of land situated 150 m away from the land in issue, the Athens Court of First Instance had assessed the provisional unit amount of compensation at 70,000 drachmas (GRD) per square metre (judgment no. 12/1997). The State had subsequently accepted that amount and paid it to the entitled persons.

25. In a final and irrevocable judgment of 12 September 1997 (no. 1783/1997) the Athens Court of First Instance declared that the applicant was entitled to three-eighths of the amount of compensation determined in judgment no. 7966/1993 of the Athens Court of Appeal.

26. On 7 October 1997 the applicant served the judgment of 12 September 1997 on the Greek State. On 10 October 1997 she asked the Ministry of Finance’s Expropriation Department to pay her, as speedily as possible, the compensation she was owed. Having received no reply, she made two further applications, on 8 January and 9 March 1998.

27. On 18 June 1998 the State Legal Council considered an enquiry it had received from the Ministry of Finance’s Public Property Department as to whether the State was under an obligation to pay the applicant the amount of compensation determined by the domestic courts and, if so, what method should be used to calculate the compensation. The State Legal Council replied to the first question in the affirmative. Furthermore, after a very thorough examination of the criteria applied in the matter, it held that the value of one metal drachma was equivalent to 32.258% of the price quoted for one gram of gold on the Athens Stock Exchange.

28. On 15 September 1998 the applicant applied to the Commission. She complained that the Greek State’s refusal to pay her the



compensation she was owed had infringed her right to effective judicial protection in the determination of her civil rights and her right to peaceful enjoyment of her possessions. She also complained of the length of the proceedings.

29. In a decision of 21 December 1998 the Ministry of Finance, having calculated, in new drachmas, the compensation to be awarded for the expropriation, ordered a payment of GRD 461,014,975 to be made to the applicant.

30. In a letter dated 30 March 1999 the applicant stated that she was prepared to accept the sum but reserved the right to “claim ... in the European Court of Human Rights ... any additional sums in respect of the pecuniary damage ... sustained on account of the failure to pay full compensation for the expropriation”.

31. On 21 April 1999 the money was paid into the applicant’s bank account.

## THE LAW

### I. THE GOVERNMENT’S PRELIMINARY OBJECTIONS

#### **A. Failure to observe the six-month time-limit**

32. The Government submitted that the applicant had not observed the six-month time-limit laid down in Article 35 § 1 of the Convention. In their written observations of 26 May 1999 on the admissibility of the application they maintained that the proceedings had ended when the Athens Court of First Instance delivered its judgment on 12 September 1997, more than six months before 15 September 1998, the date on which the application had been lodged. Subsequently, in their additional observations of 25 February 2000, the Government asserted that the domestic courts’ final decision within the meaning of the Convention had been the judgment delivered by the Athens Court of Appeal on 10 December 1993.

33. The applicant, for her part, maintained that it had been the State’s refusal to pay her fair compensation for the expropriation of her land that had prompted her application to the Convention institutions. She accordingly submitted that her complaints related to a continuing situation that still obtained, in spite of the payment of compensation in April 1999.

#### *1. As regards the complaint concerning the length of proceedings*

34. The Court notes that the proceedings for the assessment of compensation for the expropriation of the land in issue began on 15 May 1928 and ended with the Court of Cassation’s judgment of 18 June 1996.

They were followed by another set of proceedings for recognition of the applicant's entitlement to the compensation due; those proceedings ended on 12 September 1997. The two sets of proceedings therefore ended more than six months before 15 September 1998, the date on which the application was lodged. Although the judgments in question were not executed until after the application had been lodged, the Court is unable to accept that the time taken to execute them should fall within the period to be taken into consideration in respect of the complaint concerning the length of the proceedings.

The Court, accordingly, has no jurisdiction to take cognisance of this complaint.

*2. As regards the complaints relating to the national authorities' refusal to pay the applicant the compensation she was owed, and to her right to peaceful enjoyment of her possessions*

35. The Court notes that, following the judgment of 12 September 1997 in which the Athens Court of First Instance had declared that she was entitled to the amount of compensation determined in 1993, the applicant repeatedly requested payment of the compensation, but to no avail. She subsequently applied to the Commission, complaining that she had been unable to obtain fair compensation for the expropriation of her land. Those circumstances indicate the existence of a continuing situation in relation to her complaints concerning the fairness of the proceedings and her right to peaceful enjoyment of her possessions; accordingly, the six-month rule cannot be relied on against her. Lastly, although the compensation payable for the expropriation was indeed assessed by the Court of Appeal in 1993, it is quite clear that the applicant could not at that time have ascertained the precise value of 10 (old) paper drachmas per square metre, since that sum was not converted into new drachmas until 21 December 1998. Not until that date did she know how much she had been awarded. The six-month rule is, therefore, not applicable.

## **B. The Government's other preliminary objections**

*1. Objections raised at the admissibility stage*

36. The Government again raised the preliminary objections they had set out in their written observations of 26 May 1999 on the admissibility of the application.

37. The Court points out that it has already dismissed those objections in its decision of 25 November 1999 on the admissibility of the application. It does not consider it necessary to examine them a second time.

The objections in question must therefore be dismissed.

## 2. *Objections raised after the admissibility decision*

38. In their additional observations of 25 February 2000 the Government argued that the applicant had failed to exhaust domestic remedies, since she had not appealed on points of law against judgment no. 7966/1993 of the Court of Appeal, in which the final unit amount of compensation had been assessed. Furthermore, they considered that the applicant's complaint concerning the amount awarded had been raised for the first time in her observations of 20 July 1999 on the admissibility of the application, and that she had consequently altered the subject matter of the application.

39. The applicant submitted in reply that that objection was out of time, since the Government could have raised it at the admissibility stage. In any event, she asserted that, regard being had to the constitutional provisions and the case-law of the time, her appeal would not have been successful. Accordingly, in her submission, she could not be criticised for not wishing to prolong proceedings that had already taken an excessive amount of time by availing herself of a remedy that was bound to fail – especially as the compensation due had been assessed at 10 (old) paper drachmas per square metre and the applicant had therefore been unable to gain even a rough idea of the sum she had been awarded. Lastly, she emphasised that the subject matter of her application had always been the failure to pay her fair compensation for the expropriation of her land.

40. The Court points out that by Rule 55 of the Rules of Court, “[a]ny plea of inadmissibility must, in so far as its character and the circumstances permit, be raised by the respondent Contracting Party in its written or oral observations on the admissibility of the application ...”. It is clear from the case file that that condition has not been satisfied in the instant case. The Government are consequently estopped from raising this objection. Nor can the Court accept that the applicant altered the subject matter of her application, since her complaints have manifestly always concerned the absence of fair compensation for the expropriation of her land. The subsequent payment of an amount of compensation contested by the applicant is, admittedly, a new fact, but one which is linked to her original complaints.

This objection must therefore be dismissed.

## II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 1 OF PROTOCOL No. 1

41. The applicant complained that her right to peaceful enjoyment of her possessions had been infringed on two counts: firstly, through the failure to pay her compensation for more than seventy-five years and, secondly, through the assessment of the compensation due at a value that was significantly lower than the current value of the land in issue. She relied on Article 1 of Protocol No. 1, which provides:

“Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.”

Article 1 of Protocol No. 1 comprises three distinct rules: the first rule, set out in the first sentence of the first paragraph, is of a general nature and enunciates the principle of the peaceful enjoyment of property; the second rule, contained in the second sentence of the first paragraph, covers deprivation of possessions and subjects it to certain conditions; the third rule, stated in the second paragraph, recognises that the Contracting States are entitled, amongst other things, to control the use of property in accordance with the general interest. The three rules are not, however, “distinct” in the sense of being unconnected. The second and third rules are concerned with particular instances of interference with the right to peaceful enjoyment of property and should therefore be construed in the light of the general principle enunciated in the first rule.

#### **A. Whether there has been an interference with the right of property**

42. It was not disputed by the parties that there had been an interference with the applicant’s right to the peaceful enjoyment of her possessions, amounting to a “deprivation” of property within the meaning of the second sentence of the first paragraph of Article 1 of Protocol No. 1.

The Court must, therefore, examine whether the interference complained of can be justified under that provision.

#### **B. “Provided for by law”**

43. The Court reiterates that the first and most important requirement of Article 1 of Protocol No. 1 is that any interference by a public authority with the peaceful enjoyment of possessions should be lawful: the second sentence of the first paragraph authorises a deprivation of possessions only “subject to the conditions provided for by law”, and the second paragraph recognises that States have the right to control the use of property by enforcing “laws”. Moreover, the rule of law, one of the fundamental principles of a democratic society, is inherent in all the Articles of the Convention (see *Amuur v. France*, judgment of 25 June 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-III, pp. 850-51, § 50).

44. In the instant case it was not disputed that the expropriation in issue had been based on a Government ordinance of 14 February 1923 authorising the expropriation and occupation of land, with a view to providing urban housing for refugees, before any compensation was paid to the owners. That ordinance was subsequently ratified by means of a constitutional resolution, and its content was incorporated in the 1927 Constitution. The Court, therefore, notes that the condition of lawfulness was satisfied.

### **C. “In the public interest”**

45. The Court must determine next whether this deprivation of property pursued a legitimate aim “in the public interest”, within the meaning of the second rule laid down in Article 1 of Protocol No. 1.

46. The Court is of the opinion that, because of their direct knowledge of their society and its needs, the national authorities are in principle better placed than the international judge to appreciate what is “in the public interest”. Under the system of protection established by the Convention, it is thus for the national authorities to make the initial assessment as to the existence of a problem of public concern warranting measures of deprivation of property. Here, as in other fields to which the safeguards of the Convention extend, the national authorities, accordingly, enjoy a certain margin of appreciation.

Furthermore, the notion of “public interest” is necessarily extensive. In particular, the decision to enact laws expropriating property will commonly involve consideration of political, economic and social issues. The Court, finding it natural that the legislature should enjoy a margin of appreciation in implementing social and economic policies, will respect the legislature’s judgment as to what is “in the public interest” unless that judgment is manifestly without reasonable foundation (see *James and Others v. the United Kingdom*, judgment of 21 February 1986, Series A no. 98, p. 32, § 46).

47. In the instant case it was not disputed by the parties that the expropriation in issue had been intended to provide accommodation for refugees from Asia Minor following the mandatory exchange of populations under the 1923 Treaty of Lausanne. At that time, the reception of refugees was a crucial economic and social issue. The Court, accordingly, considers that the impugned measure pursued a legitimate aim.

### **D. Proportionality of the interference**

48. An interference with the peaceful enjoyment of possessions must strike a fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual’s

fundamental rights (see, among other authorities, *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, judgment of 23 September 1982, Series A no. 52, p. 26, § 69). The concern to achieve this balance is reflected in the structure of Article 1 as a whole, including, therefore, the second sentence, which is to be read in the light of the general principle enunciated in the first sentence. In particular, there must be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised by any measure depriving a person of his possessions (see *Pressos Compania Naviera S.A. and Others v. Belgium*, judgment of 20 November 1995, Series A no. 332, p. 23, § 38).

Compensation terms under the relevant legislation are material to the assessment of whether the contested measure respects the requisite fair balance and, notably, whether it imposes a disproportionate burden on the applicants. In this connection, the Court has already found that the taking of property without payment of an amount reasonably related to its value will normally constitute a disproportionate interference, and a total lack of compensation can be considered justifiable under Article 1 of Protocol No. 1 only in exceptional circumstances (see *The Holy Monasteries v. Greece*, judgment of 9 December 1994, Series A no. 301-A, p. 35, § 71).

49. In the instant case the applicant stated that the amount of compensation had been assessed on the basis of the supposed value of the land in September 1922. In her submission, limiting the compensation to the value of her property in 1922, without taking any account whatsoever of the excessive and unreasonable length of the proceedings to assess the compensation, amounted to arbitrary interference with her right to peaceful enjoyment of her possessions, especially as the sum awarded represented only 1.53% of the current value of the expropriated land. In support of that allegation, the applicant cited a judgment delivered by the Athens Court of First Instance on 14 January 1997 in which the unit amount of compensation payable for the expropriation of land situated 150 m from the land in issue had been assessed at GRD 70,000 per square metre.

50. The Government asserted that, regard being had to the national authorities' margin of appreciation under Article 1 of Protocol No. 1, the compensation awarded by the domestic courts – following adversarial proceedings in the course of which the applicant had had the opportunity to put forward any arguments she wished to raise – had been reasonably in line with the value of the expropriated property.

51. The Court considers that it is not required to decide on what basis the domestic courts should have assessed the amount of compensation payable; it cannot take the place of the Greek courts in determining the year that should have been taken into consideration for the estimation of the value of the expropriated land and for the assessment of the sums due in consequence. However, the Court cannot fail to observe that in calculating the compensation the Court of Appeal took no account whatsoever of the excessive length of the proceedings. The applicant was

not awarded any sum for the pecuniary or non-pecuniary damage which she and her family had sustained as a result of their being deprived of their property, without compensation, for seventy years; nor was she awarded any interest for delay. Furthermore, although the compensation was not paid until more than five years after the Court of Appeal had assessed the amount due, the applicant did not receive any additional interest for delay (see, *mutatis mutandis*, *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, judgment of 9 December 1994, Series A no. 301-B, p. 90, § 82).

52. The Court, accordingly, considers that the fact that, in the assessment and payment of the compensation due to the applicant, the national authorities failed to take into account a period of more than seventy-five years following the expropriation of the land upset, to the applicant's detriment, the fair balance between the protection of property and the requirements of the general interest.

There has, therefore, been a violation of Article 1 of Protocol No. 1.

### III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 6 § 1 OF THE CONVENTION

53. The applicant complained that the Greek State's refusal over a period of several years to assess and pay the compensation she was owed for the expropriation had infringed her right to effective judicial protection in the determination of her civil rights. She relied on 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 ..."

54. Having regard to its finding of a violation of the applicant's right to peaceful enjoyment of her possessions (see paragraph 52 above), the Court does not consider it necessary to examine the allegation of a violation of Article 6 § 1 of the Convention.

### IV. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

55. 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."

56. In respect of pecuniary damage, the applicant claimed either a sum of 30,034,218,750 drachmas (GRD) (equivalent to three-eighths of the current value of the land in issue), less the compensation paid in April 1999, or, if the Court were to hold that the sum paid in April 1999

corresponded to the value of the land, a sum of GRD 4,380,412,004 (representing loss of income in the period between the expropriation of the land in 1923 and her application to the Convention institutions in 1998). She also sought GRD 150,000,000 in respect of non-pecuniary damage. Lastly, she claimed GRD 7,700,000 for costs and expenses incurred in the national courts and before the Convention institutions.

57. The Government submitted that, if the Court were to find a violation of Article 1 of Protocol No. 1, it should give the parties an opportunity to submit further observations on the issue of just satisfaction.

58. The Court considers that the question of the application of Article 41 is not ready for decision. Accordingly, it reserves that question and, in determining the further procedure, will have regard to the possibility of an agreement between the Government and the applicant (Rule 75 § 1).

#### FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

1. *Allows* the Government's preliminary objection as to the admissibility of the complaint under Article 6 § 1 of the Convention as regards the length of the proceedings;
2. *Dismisses* the Government's other preliminary objections;
3. *Holds* that there has been a violation of Article 1 of Protocol No. 1;
4. *Holds* that it is not necessary to examine the applicant's complaint under Article 6 § 1 of the Convention as regards the fairness of the proceedings;
5. *Holds* that the question of the application of Article 41 is not ready for decision; accordingly,
  - (a) *reserves* the said question in whole;
  - (b) *invites* the Government and the applicant to submit, within the forthcoming six months, their written observations on the matter and, in particular, to notify the Court of any agreement that they may reach;
  - (c) *reserves* the further procedure and *delegates* to the President of the Chamber the power to fix the same if need be.

Done in French, and notified in writing on 1 March 2001, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Erik FRIBERGH  
Registrar

András BAKA  
President



DOUGOZ v. GREECE  
*(Application no. 40907/98)*

THIRD SECTION

JUDGMENT OF 6 MARCH 2001<sup>1</sup>

---

1. English original.



SUMMARY<sup>1</sup>**Conditions of detention pending expulsion****Article 3**

*Degrading treatment – Conditions of detention pending expulsion – Examination of conditions of detention – Relevance of period spent in specific conditions of detention*

**Article 5 § 1**

*Lawful detention – Procedure prescribed by law – Absence of legal basis for detention ordered by a court pending expulsion – Insufficiency of senior public prosecutor’s interpretation of law as legal basis for detention*

**Article 5 § 4**

*Review of lawfulness of detention – Absence of review of lawfulness of detention pending expulsion – Discretionary powers of ministers – Failure of court to rule on complaint*

\*  
\*   \*

The applicant, a Syrian national, left Syria, where he claimed he was subsequently sentenced to death for offences against national security, and went to Greece. In June 1997, while serving a prison sentence for drug-related offences, he asked to be released on licence, claiming that he could return to Syria because he had been granted a reprieve. In July 1997 the first-instance criminal court decided that he should be released and expelled. On his release from prison, the applicant was placed in police detention at the Drapetsona detention centre on the basis of an opinion of the deputy public prosecutor at the Court of Cassation that a ministerial decision providing for the detention of aliens subject to expulsion by administrative order applied by analogy to expulsion ordered by a court. The applicant complained about the conditions of his detention, referring, in particular, to overcrowding, lack of beds and bedding, poor sanitary conditions, lack of fresh air and daylight, and the absence of facilities for exercise. He applied for the expulsion order to be lifted and complained that his continued detention was unlawful. In April 1998 he was transferred to the police headquarters of Alexandras Avenue in Athens, where the conditions of detention were similar, although slightly better. In May 1998 the first-instance criminal court refused to lift the expulsion order. No express ruling was given concerning the lawfulness of the applicant’s continued detention. On 26 and 28 July 1998 the applicant requested the Ministers of Justice and of Public Order to lift the expulsion order. In December 1998 he was finally expelled to Syria, where he claimed that he was placed in detention upon arrival.

---

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

*Held*

(1) Article 3: The applicant's allegations concerning his conditions of detention were corroborated by the findings of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) in a 1994 report on the Alexandras police headquarters. In that report the CPT stressed that the cellular accommodation and detention regime there were unsuitable for periods in excess of a few days, the occupancy levels being grossly excessive and the sanitary facilities appalling. Although the CPT had not visited the Drapetsona detention centre at that time, the Government had described the conditions at the police headquarters as being the same as at Drapetsona, while the applicant conceded that the former were slightly better. Moreover, in 1997 the CPT visited both the police headquarters and the Drapetsona detention centre and felt it necessary to renew its visit to both places in 1999. The applicant was detained between the two visits, from July 1997 to December 1998. In the light of these elements, the conditions of detention of the applicant at the Alexandras police headquarters and the Drapetsona detention centre, in particular the serious overcrowding and absence of sleeping facilities, combined with the inordinate length of the period during which he was detained in such conditions, amounted to degrading treatment contrary to Article 3.

*Conclusion:* violation (unanimously).

(2) Article 5 § 1: Section 27(6) of Law no. 1975/1991 provides for the detention of an alien on condition that the execution of an administrative order for expulsion taken by the Minister of Public Order is pending and that the alien is considered to be a danger to public order or might abscond. In the present case the expulsion of the applicant was ordered by a court and not by an administrative decision. Moreover, the applicant was not considered a threat to public order. As to the opinion of the deputy public prosecutor, the opinion of a senior public prosecutor did not constitute a "law" of sufficient quality within the meaning of the Court's case-law. There had, therefore, been a breach of this provision.

*Conclusion:* violation (unanimously).

(3) Article 5 § 4: The applicant's requests for release to the Ministers of Justice and of Public Order could not be considered effective remedies whereby the applicant could challenge the lawfulness of his detention, since by submitting the requests, the applicant appealed to the discretionary leniency of these ministers. Moreover, in its decision of May 1998, the first-instance criminal court failed to rule on the applicant's claim concerning his detention. Thus, the domestic legal system did not afford the applicant an opportunity to have the lawfulness of his detention pending expulsion determined by a national court, as required by Article 5 § 4.

*Conclusion:* violation (unanimously).

Article 41: The Court made awards in respect of non-pecuniary damage and costs.

**Case-law cited by the Court**

"Greek case", applications nos. 3321/67, 3322/67, 3323/67 and 3344/67, Commission's report of 5 November 1969, Yearbook 12

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

*Costello-Roberts v. the United Kingdom*, judgment of 25 March 1993, Series A no. 247-C

*Amuur v. France*, judgment of 25 June 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-III

*Chahal v. the United Kingdom*, judgment of 15 November 1996, *Reports* 1996-V

**In the case of Dougoz v. Greece,**

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

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

Mr C.L. ROZAKIS,

Mr L. LOUCAIDES,

Mr P. KÜRIS,

Mrs F. TULKENS,

Mr K. JUNGWIERT,

Sir Nicolas BRATZA, *judges*,

and Mrs S. DOLLÉ, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 8 February 2000 and 13 February 2001,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 40907/98) against the Hellenic 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 Syrian national, Mr Mohamed Dougoz (“the applicant”), on 24 April 1998.

2. The applicant was represented by Mrs I. Kourtovik, a lawyer practising in Athens. The Greek Government (“the Government”) were represented by the Delegate of their Agent, Mr M. Apessos, Senior Adviser at the State Legal Council, and Mrs K. Grigoriou, Adviser at the State Legal Council.

3. The applicant alleged, in particular, that his conditions of detention whilst awaiting expulsion amounted to inhuman and degrading treatment, and complained about the lawfulness and length of his detention and the lack of remedies under domestic law in this connection.

4. On 24 April 1998 the President of the Commission had given an indication under former Rule 36 of the Commission’s Rules of Procedure. On 10 July 1998 the Commission decided not to renew this indication.

5. The application was transmitted to the Court on 1 November 1998, when Protocol No. 11 to the Convention came into force (Article 5 § 2 of Protocol No. 11).

6. The application was allocated to the Third Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). Within that Section, the Chamber that would consider the case (Article 27 § 1 of the Convention) was constituted as provided in Rule 26 § 1.

7. By a decision of 8 February 2000, the Chamber declared the application partly admissible<sup>1</sup>.

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

8. The applicant claims that, while in Syria, he was accused of national security offences, namely having leaked information during his military service. The applicant left that country. He claims that he was subsequently found guilty of these offences and sentenced to death.

9. The Government claim that the applicant entered Greece surreptitiously, probably in July 1983. The applicant claims that he entered Greece lawfully.

10. In 1987 the applicant was arrested by the Greek authorities for drug-related offences. In 1988 he was found guilty by the three-member Court of Appeal of Athens, sitting as a first-instance court. The court, considering that the applicant was himself a drug user, sentenced him to two years' imprisonment. The applicant's conviction was upheld by the five-member Court of Appeal of Athens in 1989.

11. In 1989 the applicant applied for refugee status to the Athens Office of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) and was recognised as a refugee under the UNHCR mandate. On that occasion he was issued by the Greek authorities with an alien's residence card.

12. According to the Government, his leave to remain in Greece expired on 8 January 1991. However, he remained illegally.

13. In the course of 1991, the applicant was arrested for theft and bearing arms without authorisation. He was placed in detention on remand. In 1993 he was found guilty of these offences by the Nafplio Court of Appeal, composed of judges and jurors, and was sentenced to five and a half years' imprisonment.

14. On 6 June 1994 the applicant was released on licence. On the same day, the Chief of Police ordered his expulsion from Greece in the public interest.

15. On 23 June 1994 the applicant applied to the Greek authorities for refugee status. On 4 August 1994 the Minister of Public Order rejected his application, which was found to be abusive because "it had been submitted ten years after the arrival of the applicant in Greece, obviously with the aim of avoiding his lawful expulsion after his release from prison where he had served long sentences for very serious crimes".

---

1. *Note by the Registry.* The Court's decision is obtainable from the Registry.

16. The Government claim that, following this decision, the applicant requested to be expelled to “the Former Yugoslav Republic of Macedonia”, and on 19 September 1994 he was sent to that country, but thereafter he returned to Greece illegally. However, the applicant claims that he was never “lawfully expelled” to “the Former Yugoslav Republic of Macedonia”. He neither asked to go there, nor was he accepted by that country.

17. On 9 July 1995 the applicant was arrested in Greece for drug-related offences. On 26 November 1996 he was found guilty and sentenced to three years’ imprisonment and a fine by the three-member Athens Court of Appeal. In 1998 the five-member Athens Court of Appeal upheld his conviction and sentence.

18. On 25 June 1997 the applicant asked for his release on licence claiming, *inter alia*, that he could return to Syria because he had been granted a reprieve. The Indictments Division of the Piraeus Criminal Court of First Instance examined the applicant’s request *in camera* on 16 July 1997. Although the applicant was not allowed to attend the hearing, the prosecutor was present and was heard. The court decided that the applicant should be released on licence and expelled from Greece. It considered that the applicant’s conduct during his detention indicated that he was not going to commit any further offences once released and that it was not necessary to prolong the detention.

19. Following this decision the applicant was released from prison on 10 July 1997 and was placed in police detention pending his expulsion, on the basis of an opinion given by the deputy public prosecutor at the Court of Cassation that decision no. 4803/13/7A of 18-26 June 1992 applied by analogy in cases of expulsion ordered by courts (see paragraph 39 below). Initially the applicant was detained at a detention centre in Drapetsona. He was issued with a temporary passport by the Greek authorities and on 12 September 1997 was given leave to enter Syria by the Syrian embassy in Athens.

20. The applicant claims that the Drapetsona detention centre consisted of twenty cells. At times there were up to one hundred people detained there. The applicant’s cell was overcrowded. The number of persons in his cell would increase tenfold depending on the detainee population each night. There were no beds and the detainees were not given any mattresses, sheets or blankets. Some detainees had to sleep in the corridor. The cells were dirty and the sanitary facilities insufficient, since they were supposed to cater for a much smaller number of persons. Hot water was scarce. For long periods of time there would not be any. There was no fresh air or natural daylight and no yard in which to exercise. The only area where the detainees could take a walk was the corridor leading to the toilets.

21. According to the applicant, there was no recreational or other activities at the Drapetsona detention centre. The applicant could not

even read a book because his cell was so overcrowded. Detainees were served with a "passable plate of food" twice a day. No milk was ever provided while fruit, vegetables and cheese rarely appeared on the menu. Moreover, the detainees could not obtain any food from outside. The applicant had no access to a doctor or a chemist. Only family visits were allowed and, as a result, foreign detainees did not receive any visits at all. The applicant could not address himself to the social services or the public prosecutor. Although payphones existed, their number was clearly insufficient. Cases of ill-treatment by the guards were not uncommon.

22. The Government claim that hot water was available on a 24-hour basis at the Drapetsona detention centre. The food served to detainees was sufficient and of a very high quality. The police officers had the same menu. There was adequate natural light where the applicant was detained. The applicant was able to circulate freely in a wide corridor at regular intervals during the day. The detention area was cleaned every day by the staff of the centre and was regularly disinfected. There was medical care.

23. In the autumn of 1997 there was a hunger strike at the Drapetsona detention centre.

24. On 28 November 1997 the applicant asked the Minister of Public Order to allow him to travel to a country other than Syria where he allegedly faced the death penalty.

25. On 2 February 1998 the applicant applied for the order for his expulsion to be lifted, relying on, *inter alia*, the European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment and the fact that he had been recognised as a refugee by the UNHCR. He also claimed that his continued detention contravened Article 5 of the Convention and that the expulsion order had been made in breach of national law.

26. In March 1998 there were forty to fifty people detained at the Drapetsona centre.

27. In April 1998 the applicant was transferred to the police headquarters in Alexandras Avenue in Athens. According to the applicant, the conditions were similar to those at Drapetsona, although there was natural light, air in the cells and adequate hot water. The Government described the conditions in Alexandras Avenue as being the same as those at Drapetsona.

28. On 28 April 1998 the UNHCR representative in Athens requested the Ministry of Public Order not to expel the applicant to Syria as long as his case was under review.

29. On 11 May 1998 the Indictments Division of the Piraeus Criminal Court of First Instance, sitting *in camera*, refused to lift the expulsion order recalling, *inter alia*, that in his application of 25 June 1997 the applicant had claimed that he was no longer subject to persecution in



Syria. The decision of the court did not contain any express ruling on the applicant's claim concerning his detention.

30. On 26 and 28 July 1998 the applicant requested the Ministers of Justice and of Public Order to lift the expulsion order and, in any event, to release him.

31. On 3 December 1998 the applicant was expelled to Syria. The Government claim that they had been informed by Interpol that Syria had not asked for his extradition.

32. The applicant claims that upon his arrival in Syria he was placed in detention.

## II. RELEVANT DOMESTIC AND INTERNATIONAL LAW AND PRACTICE

33. Article 74 § 1 of the Criminal Code provides as follows:

“The court may order the expulsion of an alien who has been given a prison sentence under Articles 52 and 53 of the Criminal Code, provided that the country's international obligations are respected. An alien lawfully present in Greece may only be expelled if given a sentence of at least three months' imprisonment. The expulsion takes place immediately after the alien has served his or her sentence or is released from prison. The same applies when the expulsion has been ordered by way of a secondary penalty.”

34. Article 105 of the Criminal Code provides for the release of prisoners on licence.

35. Article 106 of the same Code provides that the court may impose on the person released on licence certain obligations concerning, *inter alia*, his place of residence.

36. On 15 January 1981 the public prosecutor at the Court of Cassation opined that, although persons released on licence could not leave the country, a court could order their expulsion under Article 74 of the Criminal Code.

37. Section 27(6) of Law no. 1975/1991 provides that the Minister of Public Order may, in the public interest and if the person to be expelled is dangerous or might abscond, order his detention until his deportation from Greece becomes feasible.

38. Section 27(7) of Law no. 1975/1991 provides that the details concerning the execution of deportation orders issued in accordance with the provisions of that Law, as well as those ordered by the criminal courts in accordance with Article 74 of the Criminal Code, will be fixed by a common decision of the Ministers for Foreign Affairs, of Justice and of Public Order.

39. Decision no. 4803/13/7A of 18-26 June 1992 of the Ministers for Foreign Affairs, of Justice and of Public Order makes a number of provisions concerning the expulsion of aliens by administrative order.

According to section 6 of the decision, “aliens subject to expulsion are detained in police detention centres or other appropriate places determined by the Minister of Public Order”. On 1 April 1993 the deputy public prosecutor at the Court of Cassation opined that decision no. 4803/13/7A of 18-26 June 1992 applied by analogy in cases of expulsion ordered by the courts.

40. On 29 November 1994 the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) published a report following its visit to Greece in March 1993, which contains the following findings and recommendations concerning the Athens police headquarters in Alexandras Avenue:

“54. The principal detention facilities at the Athens Police Headquarters were situated on the 7th floor of the Headquarters building. They consisted of 20 cells divided into two sections. The cells measured just over 12 m<sup>2</sup>, and were equipped with fixed benches for rest/sleeping purposes; the lighting was adequate, as would be the ventilation in the absence of overcrowding. In principle, the cellular accommodation could be considered as acceptable for persons obliged to remain in police custody for a relatively short period, on condition that the premises are kept clean and those obliged to spend the night in custody are provided with mattresses and blankets.

55. However, the delegation found that in addition to criminal suspects (who might stay for a maximum of some four to six days ... ), the Headquarters were being used to accommodate for lengthy periods persons held under the Aliens legislation. Many of these persons met by the delegation had been held in the Headquarters’ detention facilities for periods in excess of a month, and a few had been there for over three months. Such a situation is not acceptable. The physical surroundings and the regime are quite unsuitable for such lengthy stays. There is not even the possibility of access to the open air: out of the cell “exercise” is taken in a corridor adjacent to the cells.

56. There were between 50 to 60 detained persons in the Headquarters at the time of the delegation’s visit, some 60% of whom were being held under the Aliens legislation. However, it was clear that shortly before the delegation’s visit, the number of persons accommodated had been much higher. At least 50 persons had been transferred a few days earlier from the Headquarters to a new holding centre for aliens situated close to the airport ...

For the most part, the detainees were being held two or three to a cell, though a cell reserved for women was accommodating five detainees. The delegation was told by persons detained that in the very recent past, ten or more persons had been held per cell. Given the cells’ dimensions, such occupancy levels would be grossly excessive.

57. Police officers told the delegation that one set of cells was reserved for criminal suspects, and the other for persons held under the Aliens legislation; however, it was observed that, in practice, the separation between these two very different types of detained persons was not assured.

Further, some persons detained under the Aliens legislation stated that they had received no information about the procedure applicable to them (at least not in a language they understood). On the other hand, such detainees did have access to a telephone.

58. Persons detained had blankets at their disposal (though the delegation heard allegations that they had only been made available the day before the delegation's first visit), but not mattresses.

Toilet and shower facilities were situated alongside the cells, and no complaints were heard about access to those facilities; however, detainees did complain that they had not been provided with towels or soap. The state of cleanliness and overall state of repair of the toilets/shower facilities was appalling, although an attempt to improve the situation was made between the delegation's different visits.

59. As regards the detention facilities on the 7th floor of Athens Police Headquarters, the CPT wishes to make the following recommendations:

- that no-one be held in these facilities for longer than is absolutely necessary;
- that there be a maximum occupancy level of four persons per cell (with a possible exception as regards persons only staying a few hours in custody);
- that persons detained overnight be provided with both blankets and mattresses;
- that the toilet/shower facilities be renovated in a hygienic condition, and detained persons provided with the wherewithal to keep themselves clean;
- that means be sought of enabling persons detained for more than 24 hours to be offered outdoor exercise on a daily basis;
- that persons detained under the Aliens legislation be strictly separated from criminal suspects;
- that an information leaflet be given to persons detained under the Aliens legislation explaining the procedure applicable to them and their related rights; this leaflet to be available in the languages most commonly spoken by such persons and, if necessary, the services of an interpreter provided."

41. In May 1997 and in October 1999 the CPT carried out two more visits to the Alexandras police headquarters and the Drapetsona detention centre. The reports following these visits have not yet been made public.

## THE LAW

### I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 3 OF THE CONVENTION

42. The applicant complained about his conditions of detention, whilst awaiting his expulsion, in both Drapetsona and Alexandras. He relied on Article 3 of the Convention, which reads as follows:

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

43. The Government argued that the conditions of detention of the applicant did not amount to inhuman or degrading treatment contrary to Article 3 because the required level of severity was not reached. The seventeen-month detention was due to the applicant's various efforts to stop his expulsion.

44. The Court recalls that, according to the Convention organs' case-law, ill-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3 (see *Ireland v. the United Kingdom*, judgment of 18 January 1978, Series A no. 25, p. 65, § 162). The same holds true in so far as degrading treatment is concerned (see *Costello-Roberts v. the United Kingdom*, judgment of 25 March 1993, Series A no. 247-C, p. 59, § 30). The assessment of this minimum level of severity is relative; it depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical and mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim (see *Ireland v. the United Kingdom* and *Costello-Roberts*, both cited above, loc. cit.).

45. In the present case the Court notes that the applicant was first held for several months at the Drapetsona police station, which is a detention centre for persons held under aliens legislation. He alleges, *inter alia*, that he was confined in an overcrowded and dirty cell with insufficient sanitary and sleeping facilities, scarce hot water, no fresh air or natural daylight and no yard in which to exercise. It was even impossible for him to read a book because his cell was so overcrowded. In April 1998 he was transferred to the police headquarters in Alexandras Avenue, where conditions were similar to those at Drapetsona and where he was detained until 3 December 1998, the date of his expulsion to Syria.

The Court observes that the Government did not deny the applicant's allegations concerning overcrowding and a lack of beds or bedding.

46. The Court considers that conditions of detention may sometimes amount to inhuman or degrading treatment. In the "Greek case" (applications nos. 3321/67, 3322/67, 3323/67 and 3344/67, Commission's report of 5 November 1969, Yearbook 12) the Commission reached this conclusion regarding overcrowding and inadequate facilities for heating, sanitation, sleeping arrangements, food, recreation and contact with the outside world. When assessing conditions of detention, account has to be taken of the cumulative effects of these conditions, as well as of specific allegations made by the applicant. In the present case, although the Court has not conducted an on-site visit, it notes that the applicant's allegations are corroborated by the conclusions of the CPT report of 29 November 1994 regarding the police headquarters in Alexandras Avenue. In its report the CPT stressed that the cellular accommodation and detention regime in that place were quite unsuitable for a period in excess of a few days, the occupancy levels being grossly excessive and the sanitary facilities appalling. Although the CPT had not visited the Drapetsona detention centre at that time, the Court notes that the Government had described the conditions in Alexandras as being the same as at Drapetsona, and the applicant himself conceded that the former were slightly better with natural light, air in the cells and adequate hot water.

47. Furthermore, the Court does not lose sight of the fact that in 1997 the CPT visited both the Alexandras police headquarters and the Drapetsona detention centre and felt it necessary to renew its visit to both places in 1999. The applicant was detained in the interim, from July 1997 to December 1998.

48. In the light of the above, the Court considers that the conditions of detention of the applicant at the Alexandras police headquarters and the Drapetsona detention centre, at particular the serious overcrowding and absence of sleeping facilities, combined with the inordinate length of the period during which he was detained in such conditions, amounted to degrading treatment contrary to Article 3.

49. Accordingly, there has been a violation of Article 3 of the Convention.

## II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 5 OF THE CONVENTION

50. The applicant also complained under Article 5 of the Convention about the lawfulness and length of his detention and the lack of remedies under domestic law in this connection. Article 5 of the Convention provides as follows:

“1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law:

...

(f) the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorised entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition.

...

4. Everyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court and his release ordered if the detention is not lawful.

...”

51. The Government submitted that the applicant was detained pursuant to a court decision ordering his expulsion. It transpired from this decision that the applicant was considered a danger to public order and safety, otherwise he would not have been expelled. Moreover, the detention had a basis in domestic law: Article 74 of the Criminal Code and section 27(7) of Law no. 1975/1991, in conjunction with section 6 of Ministerial Decision no. 4803/13/7A of 18-26 June 1992. The seventeen-month detention was due to the applicant’s various efforts to stop his expulsion.

52. The Government further submitted that the judicial control of the lawfulness of the applicant’s detention was incorporated in the decision

ordering his expulsion. In any event, on 11 May 1998 the Piraeus court reviewed the question of the applicant's expulsion and, by implicit extension, that of his detention.

53. The applicant submitted that, in the absence of any statutory provisions, an opinion of the public prosecutor at the Court of Cassation could not render his detention lawful. Moreover, he did not have any remedies to challenge the lawfulness of his lengthy detention; his requests to the Ministers of Justice and of Public Order, whereby he requested them to lift the expulsion order and release him, did not constitute judicial remedies and were all rejected or remained unanswered. In fact, as his detention was ordered neither by an administrative decision nor by a court judgment, no remedy under domestic law was available to him to challenge its lawfulness.

54. The Court recalls that it is not in dispute that the applicant was detained "with a view to deportation" within the meaning of Article 5 § 1 (f). However, it falls to the Court to examine whether the applicant's detention was "lawful" for the purposes of Article 5 § 1 (f), with particular reference to the safeguards provided by the national system. Where the "lawfulness" of detention is in issue, including whether "a procedure prescribed by law" has been followed, the Convention refers essentially to the obligation to conform to the substantive and procedural rules of national law, but it requires in addition that any deprivation of liberty should be in keeping with the purpose of Article 5, namely to protect the individual from arbitrariness (see *Chahal v. the United Kingdom*, judgment of 15 November 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V, p. 1864, § 118).

55. In this connection the Court recalls that in laying down that any deprivation of liberty must be effected "in accordance with a procedure prescribed by law", Article 5 § 1 primarily requires that any arrest or detention have a legal basis in domestic law. However, these words do not merely refer back to domestic law; they also relate to the quality of the law, requiring it to be compatible with the rule of law, a concept inherent in all Articles of the Convention. Quality in this sense implies that where a national law authorises deprivation of liberty, it must be sufficiently accessible and precise, in order to avoid all risk of arbitrariness (see *Amuur v. France*, judgment of 25 June 1996, *Reports* 1996-III, pp. 850-51, § 50).

56. The Court notes that section 27(6) of Law no. 1975/1991, which applies to the expulsion of aliens by administrative order, provides for the detention of an alien on condition that the execution of an administrative order for expulsion made by the Minister of Public Order is pending, and that the alien is considered to be a danger to public order or that he might abscond.

In the present case the expulsion of the applicant was ordered by a court and not by an administrative decision. Moreover, the applicant was

not considered a danger to public order. The Indictments Division, which ordered his release from prison in July 1997, held that it transpired from the applicant's conduct during detention that he was not going to commit any further offences when released and that it was not necessary to prolong his detention.

57. The Court further notes that on 1 April 1993 the deputy public prosecutor at the Court of Cassation opined that decision no. 4803/13/7A of 18-26 June 1992 applied by analogy in cases of expulsion ordered by the courts. The Court does not consider that the opinion of a senior public prosecutor – concerning the applicability by analogy of a ministerial decision on the detention of persons facing administrative expulsion – constituted a “law” of sufficient “quality” within the meaning of the Court's case-law.

58. In these circumstances, the Court finds that there has been a breach of Article 5 § 1 of the Convention in the present case.

59. Having found that the detention of the applicant did not in any event comply with the requirements of Article 5 § 1, the Court does not find it necessary to examine separately whether that provision was also violated by reason of the length of the applicant's detention.

60. Examining the applicant's complaint from the viewpoint of Article 5 § 4 of the Convention, the Government argued that the Article 5 § 4 review was incorporated in the court decisions ordering the applicant's expulsion (16 July 1997) and refusing to revoke it (11 May 1998).

61. The Court recalls that the notion of “lawfulness” under paragraph 4 of Article 5 has the same meaning as under paragraph 1, so that the detained person is entitled to a review of his detention in the light not only of the requirements of domestic law but also of those in the text of the Convention, the general principles embodied therein and the aim of the restrictions permitted by Article 5 § 1. Article 5 § 4 does not guarantee a right to a judicial review of such breadth as to empower the court, on all aspects of the case including questions of pure expediency, to substitute its own discretion for that of the decision-making authority. The review should, however, be wide enough to bear on those conditions which are essential for the “lawful” detention of a person according to Article 5 § 1 (see *Chahal*, cited above, pp. 1865-66, § 127).

62. The Court notes that the requests of the applicant of 28 November 1997 and 26 July 1998 to the Ministers of Justice and of Public Order to release him cannot be considered effective remedies whereby the applicant could challenge the lawfulness of his detention. By submitting them, the applicant appealed to the discretionary leniency of these ministers, who either rejected them or left them unanswered. Moreover, in its decision of 11 May 1998, the Indictments Division of the Piraeus Criminal Court of First Instance, sitting in camera, failed to rule on the applicant's claim concerning his detention.

63. It follows that the domestic legal system did not afford the applicant an opportunity to have the lawfulness of his detention pending expulsion determined by a national court, as required by Article 5 § 4.

64. The Court concludes that there has also been a violation of Article 5 § 4 of the Convention.

### III. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

65. 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 and costs**

66. The applicant in effect claims a global sum of 18,000,000 drachmas (GRD) for pecuniary and non-pecuniary damage, as well as for costs and expenses.

67. The Government consider that amount excessive.

68. The Court notes that the applicant has not sought to substantiate his claim of pecuniary damage. Accordingly, no such damage has been established and the claim fails under this head.

69. As regards the claim for non-pecuniary damage, the Court recalls the number and seriousness of the violations it has found in the present case, for which the applicant should be awarded compensation. The applicant has also incurred costs relating to his representation before the Commission and the Court. Ruling on an equitable basis, as provided for in Article 41 of the Convention, the Court decides to award a total of GRD 5,000,000 for non-pecuniary damage and costs, plus any value-added tax that may be chargeable.

#### **B. Default interest**

70. According to the information available to the Court, the statutory rate of interest applicable in Greece at the date of adoption of the present judgment is 6% per annum.

### FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

1. *Holds* that there has been a violation of Article 3 of the Convention;
2. *Holds* that there has been a violation of Article 5 § 1 of the Convention;



3. *Holds* that there has been a violation of Article 5 § 4 of the Convention;
4. *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, GRD 5,000,000 (five million drachmas) in respect of non-pecuniary damage and costs, plus any value-added tax that may be chargeable;
  - (b) that simple interest at an annual rate of 6% shall be payable from the expiry of the above-mentioned three months until settlement;
5. *Dismisses* the remainder of the applicant's claims for just satisfaction.

Done in English, and notified in writing on 6 March 2001, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

S. DOLLÉ  
Registrar

J.-P. COSTA  
President



DOUGOZ c. GRÈCE  
*(Requête n° 40907/98)*

TROISIÈME SECTION

ARRÊT DU 6 MARS 2001<sup>1</sup>

---

1. Traduction; original anglais.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Conditions d'une détention sous écrou extraditionnel****Article 3**

*Traitement dégradant – Conditions d'une détention sous écrou extraditionnel – Examen des conditions de détention – Prise en compte de la période passée dans des conditions particulières de détention*

**Article 5 § 1**

*Détention régulière – Procédure prévue par la loi – Absence de base légale à une détention ordonnée par un tribunal en attendant l'expulsion – Caractère insuffisant de l'interprétation de la loi donnée par un procureur de haut rang comme base légale de la détention*

**Article 5 § 4**

*Contrôle de la légalité de la détention – Absence de contrôle de la légalité de la détention en attendant l'expulsion – Pouvoirs discrétionnaires des ministres – Absence de décision judiciaire sur le grief*

\*  
\*   \*   \*

Le requérant, ressortissant syrien, a quitté la Syrie, où il prétend avoir été condamné par la suite à la peine capitale pour des infractions à la sécurité nationale, et se rendit en Grèce. En juin 1997, alors qu'il purgeait une peine d'emprisonnement pour des infractions à la législation sur les stupéfiants, il demanda à être libéré sous condition; il affirmait pouvoir retourner en Syrie en faisant valoir notamment qu'il avait bénéficié d'une commutation de la peine capitale. En juillet 1997, le tribunal pénal de première instance décida qu'il devait être libéré et expulsé. A sa sortie de prison, le requérant fut placé au centre de détention de Drapetsona sur la base de l'avis émis par le procureur général adjoint près la Cour de cassation, selon lequel une décision ministérielle prévoyant la détention des étrangers sous le coup d'un ordre administratif d'expulsion s'appliquait par analogie à l'expulsion ordonnée par un tribunal. Le requérant se plaignit des conditions de sa détention; il mentionna en particulier le surpeuplement, l'absence de lits et de literie, les installations sanitaires médiocres, l'absence d'ouverture sur l'extérieur permettant de laisser entrer l'air frais et la lumière du jour, et le manque d'endroit où prendre de l'exercice. Il

---

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

demanda la levée de l'ordre d'expulsion et alléguait que son maintien en détention était illégal. En avril 1998, il fut transféré à la direction de la police, avenue Alexandras à Athènes, où les conditions de détention étaient analogues, quoiqu'un peu meilleures. En mai 1998, le tribunal pénal de première instance refusa de lever l'ordre d'expulsion. Il ne statua pas expressément sur la légalité du maintien du requérant en détention. Les 26 et 28 juillet 1998, le requérant invita les ministres de la Justice et de l'Ordre public à lever l'ordre d'expulsion. En décembre 1998, il fut expulsé vers la Syrie où il prétend avoir été placé en détention dès son arrivée.

1. Article 3 : les allégations du requérant concernant ses conditions de détention se trouvent corroborées par les constatations du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) figurant dans un rapport de 1994 sur la direction générale de la police d'Athènes, avenue Alexandras. Le CPT y souligne que l'environnement matériel et le régime de détention n'étaient pas du tout adaptés pour plus de quelques jours, les taux d'occupation étant absolument excessifs et les installations sanitaires déplorables. Bien que le CPT ne se soit pas rendu au centre de détention de Drapetsona à l'époque considérée, le Gouvernement a décrit les conditions de détention dans les locaux de l'avenue Alexandras comme similaires à celles de Drapetsona ; le requérant a reconnu quant à lui que les conditions y étaient un peu meilleures. En outre, en 1997 le CPT s'était rendu à la fois à la direction de la police, avenue Alexandras, et au centre de détention de Drapetsona et avait jugé nécessaire d'effectuer une nouvelle visite aux deux endroits en 1999. Le requérant fut détenu entre les deux visites, de juillet 1997 à décembre 1998. Compte tenu de ces éléments, les conditions de détention du requérant à la direction générale de la police, avenue Alexandras, et au centre de détention de Drapetsona, notamment le surpeuplement important et l'absence de matériel de couchage, combinés avec la durée excessive de sa détention en de pareilles conditions, s'analysent en un traitement dégradant contraire à l'article 3. *Conclusion* : violation (unanimité).

2. Article 5 § 1 : l'article 27 § 6 de la loi n° 1975/1991 permet la détention d'un étranger sous réserve qu'il fasse l'objet d'un ordre administratif d'expulsion émanant du ministère de l'Ordre public et qu'on estime qu'il représente un danger pour l'ordre public ou qu'il pourrait tenter de se soustraire à la justice. En l'espèce, l'expulsion du requérant a été ordonnée par décision judiciaire, et non par décision administrative. En outre, le requérant n'était pas considéré comme un danger pour l'ordre public. Pour ce qui est de l'avis du procureur général adjoint, l'avis d'un procureur de rang élevé ne constitue pas une « loi » de « qualité » suffisante au sens de la jurisprudence de la Cour. Il y a donc eu violation de cette disposition.

*Conclusion* : violation (unanimité).

3. Article 5 § 4 : les demandes de libération présentées par le requérant aux ministres de la Justice et de l'Ordre public ne sauraient être tenues pour des recours effectifs lui permettant de contester la légalité de sa détention, puisqu'en les soumettant, le requérant a fait appel à la clémence discrétionnaire de ces ministres. Par ailleurs, dans sa décision de mai 1998, le tribunal pénal de première instance n'a pas statué sur le grief du requérant concernant sa détention. Dès lors, l'ordre juridique interne n'a offert au requérant aucune

possibilité d'obtenir une décision d'une juridiction interne sur la légalité de sa détention sous écrou extraditionnel, au mépris de l'article 5 § 4.

*Conclusion*: violation (unanimité).

Article 41: la Cour alloue des indemnités pour préjudice moral et frais et dépens.

### **Jurisprudence citée par la Cour**

«Affaire grecque», requêtes n<sup>os</sup> 3321/67, 3322/67, 3323/67 et 3344/67, rapport de la Commission du 5 novembre 1969, Annuaire 12

*Irlande c. Royaume-Uni*, arrêt du 18 janvier 1978, série A n<sup>o</sup> 25

*Costello-Roberts c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 mars 1993, série A n<sup>o</sup> 247-C

*Amuur c. France*, arrêt du 25 juin 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III

*Chahal c. Royaume-Uni*, arrêt du 15 novembre 1996, *Recueil* 1996-V





**En l'affaire Dougoz c. Grèce,**

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

MM. J.-P. COSTA, *président*,  
C.L. ROZAKIS,  
L. LOUCAIDES,  
P. KÜRIS,

M<sup>me</sup> F. TULKENS,  
M. K. JUNGWIERT,

Sir Nicolas BRATZA, *juges*,  
et de M<sup>me</sup> S. DOLLÉ, *greffière de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 8 février 2000 et  
13 février 2001,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 40907/98) dirigée contre la République hellénique et dont un ressortissant syrien, M. Mohamed Dougoz («le requérant»), avait saisi la Commission européenne des Droits de l'Homme («la Commission») le 24 avril 1998 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 requérant est représenté par M<sup>e</sup> I. Kourtovik, avocate au barreau d'Athènes. Le gouvernement grec («le Gouvernement») est représenté par le délégué de son agent, M. M. Apessos, conseiller au Conseil juridique de l'Etat, et M<sup>me</sup> K. Grigoriou, auditrice auprès du Conseil juridique de l'Etat.

3. Le requérant alléguait en particulier que les conditions de sa détention sous écrou extraditionnel s'analysaient en un traitement inhumain et dégradant ; il se plaignait aussi de l'illégalité et de la durée de sa détention, ainsi que de l'absence d'un recours interne lui permettant de faire état de ses griefs.

4. Le 24 avril 1998, le président de la Commission a donné une indication au titre de l'ancien article 36 du règlement intérieur de la Commission. Le 10 juillet 1998, la Commission a décidé de ne pas renouveler l'indication.

5. La requête a été transmise à la Cour le 1<sup>er</sup> novembre 1998, date d'entrée en vigueur du Protocole n° 11 à la Convention (article 5 § 2 dudit Protocole).

6. La requête a été attribuée à la troisième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement de la Cour). Au sein de celle-ci, la chambre

chargée d'examiner l'affaire (article 27 § 1 de la Convention) a été constituée conformément à l'article 26 § 1 du règlement.

7. Par une décision du 8 février 2000, la chambre a déclaré la requête partiellement recevable<sup>1</sup>.

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

8. Le requérant allègue que, alors qu'il se trouvait en Syrie, il fut accusé d'avoir commis des infractions à la sécurité nationale, notamment d'avoir divulgué des informations pendant son service militaire. Le requérant quitta ce pays. Il soutient qu'il fut ensuite reconnu coupable desdites infractions et condamné à mort.

9. Le Gouvernement affirme que le requérant est entré clandestinement en Grèce, probablement en juillet 1983. Le requérant, quant à lui, affirme y être entré légalement.

10. En 1987, les autorités grecques arrêtaient le requérant pour infractions à la législation sur les stupéfiants. En 1988, la cour d'appel d'Athènes, siégeant en première instance en un collège de trois juges, déclara le requérant coupable. Considérant que l'intéressé était lui-même toxicomane, elle le condamna à une peine d'emprisonnement de deux ans, qui fut confirmée en 1989 par la cour d'appel d'Athènes siégeant en formation de cinq juges.

11. Toujours en 1989, le requérant sollicita auprès du bureau d'Athènes du Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés (HCR) le statut de réfugié, qui lui fut accordé en vertu du mandat du HCR. A cette occasion, les autorités grecques lui délivrèrent une carte de résident étranger.

12. Selon le Gouvernement, le permis de séjour du requérant en Grèce expirait le 8 janvier 1991; après cette date, l'intéressé demeura illégalement dans le pays.

13. Arrêté au cours de l'année 1991 pour vol et port d'armes sans permis, le requérant fut placé en détention provisoire. En 1993, la cour d'appel de Nauplie, composée de juges et de jurés, le reconnut coupable de ces infractions et le condamna à une peine d'emprisonnement de cinq ans et demi.

14. Le 6 juin 1994, le requérant fut libéré sous condition. Le même jour, le directeur de la police ordonna son expulsion de Grèce dans l'intérêt public.

---

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

15. Le 23 juin 1994, l'intéressé sollicita le statut de réfugié auprès des autorités grecques. Le 4 août 1994, le ministre de l'Ordre public rejeta la demande, qu'il jugea abusive, au motif que le requérant «l'avait soumise dix ans après son arrivée en Grèce, dans l'intention manifeste d'éviter d'être expulsé, comme le prévoyait la loi, à sa libération de prison, après avoir purgé de longues peines pour infractions très graves».

16. Le Gouvernement allègue qu'à la suite de cette décision, le requérant demanda à être expulsé vers «l'ex-République yougoslave de Macédoine», où il fut effectivement envoyé le 19 septembre 1994, mais il retourna ensuite illégalement en Grèce. Le requérant soutient toutefois qu'il n'a jamais fait l'objet «d'une expulsion légale» vers «l'ex-République yougoslave de Macédoine». Il n'a jamais demandé à s'y rendre et n'a jamais été accepté par ce pays.

17. Le 9 juillet 1995, le requérant fut arrêté en Grèce pour infractions à la législation sur les stupéfiants. Le 26 novembre 1996, la cour d'appel d'Athènes, siégeant en formation de trois juges, le reconnut coupable et le condamna à trois ans d'emprisonnement et à une amende. En 1998, sa condamnation et sa peine furent confirmées par la cour d'appel d'Athènes siégeant en formation de cinq juges.

18. Le 25 juin 1997, le requérant sollicita sa libération conditionnelle, en faisant notamment valoir qu'il pouvait retourner en Syrie, puisqu'il avait bénéficié d'une commutation de la peine capitale. La demande du requérant fut examinée le 16 juillet 1997 par la chambre d'accusation du tribunal pénal de première instance du Pirée, siégeant à huis clos. Le requérant n'eut pas l'autorisation d'assister à l'audience, mais le procureur fut présent et fut entendu. Le tribunal se prononça en faveur de la libération conditionnelle du requérant et de son expulsion hors de Grèce; de l'avis du tribunal, le comportement de l'intéressé en détention laissait à penser qu'il ne risquait pas de commettre d'autres infractions une fois libéré et qu'il n'y avait donc pas lieu de le maintenir en détention.

19. A la suite de cette décision, le requérant fut libéré le 10 juillet 1997 et placé sous écrou extraditionnel sur la base de l'avis émis par le procureur général adjoint près la Cour de cassation, selon lequel la décision n° 4803/13/7A des 18-26 juin 1992 s'appliquait par analogie aux cas d'expulsions ordonnées par les tribunaux (paragraphe 39 ci-dessous). Le requérant fut tout d'abord détenu au centre de détention de Drapetsona. Il se vit délivrer un passeport temporaire par les autorités grecques, et le 12 septembre 1997, l'ambassade de Syrie à Athènes lui donna l'autorisation d'entrer en Syrie.

20. Selon le requérant, le centre de détention de Drapetsona comptait vingt cellules. Or il arrivait qu'une centaine de personnes y fussent détenues. La cellule du requérant était surpeuplée. Le nombre d'occupants pouvait être multiplié par dix en fonction de la population carcérale de chaque nuit. Il n'y avait pas de lits et les détenus n'avaient

ni matelas, ni draps, ni couvertures. Certains d'entre eux étaient contraints de dormir dans le couloir. Les cellules étaient sales, et les installations sanitaires insuffisantes, puisqu'elles avaient été conçues pour un nombre moins important de personnes. L'eau chaude n'était disponible qu'en petite quantité, lorsqu'elle n'était pas totalement coupée, souvent pour de longues périodes. Il n'y avait aucune ouverture sur l'extérieur permettant de laisser entrer l'air frais et la lumière du jour; de même, il n'y avait pas d'endroit où prendre de l'exercice, à l'exception du couloir conduisant aux toilettes.

21. D'après le requérant, le centre de détention de Drapetsona ne proposait aucune activité récréative ou autre. Le requérant ne pouvait pas même lire, tant sa cellule était surpeuplée. Les détenus recevaient une « assiette de nourriture médiocre » deux fois par jour. On ne leur servait jamais de lait, et les fruits, les légumes et le fromage figuraient rarement au menu. De plus, les détenus n'avaient pas le droit de recevoir de la nourriture de l'extérieur. Le requérant ne put consulter ni médecin ni pharmacien. Seule la famille avait un droit de visite; les détenus étrangers ne recevaient donc aucune visite. Le requérant ne pouvait pas prendre contact directement avec les services sociaux ni saisir le procureur. Il y avait des cabines de téléphone payantes, mais en nombre nettement insuffisant. Les mauvais traitements infligés par les surveillants étaient monnaie courante.

22. Le Gouvernement soutient qu'il y avait toujours de l'eau chaude au centre de détention de Drapetsona et que les détenus recevaient de la nourriture en quantité suffisante et de très grande qualité. Les policiers avaient le même menu. La lumière du jour était suffisante là où le requérant était détenu. Il était libre de circuler à intervalles réguliers dans un large couloir pendant la journée. Le secteur de détention était nettoyé chaque jour par le personnel du centre et régulièrement désinfecté. Des soins médicaux étaient dispensés.

23. Au cours de l'automne 1997, une grève de la faim fut observée au centre de détention de Drapetsona.

24. Le 28 novembre 1997, le requérant sollicita auprès du ministre de l'Ordre public l'autorisation de se rendre dans un pays autre que la Syrie, où il disait encourir la peine de mort.

25. Le 2 février 1998, le requérant demanda la levée de l'ordre d'expulsion, en invoquant notamment la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants et le fait que le statut de réfugié lui avait été reconnu par le HCR. Il argua aussi que son maintien en détention emportait violation de l'article 5 de la Convention et que l'ordre d'expulsion avait été donné en violation du droit national.

26. En mars 1998, de quarante à cinquante personnes étaient détenues au centre de Drapetsona.

27. En avril 1998, le requérant fut transféré à la direction générale de la police, avenue Alexandras, où les conditions étaient, selon lui, similaires à celles qui régnaient au centre de Drapetsona, si ce n'est que des ouvertures laissaient entrer de l'air et la lumière du jour dans les cellules, et qu'il y avait de l'eau chaude en quantité suffisante. Le Gouvernement estime que les conditions de détention dans les locaux de l'avenue Alexandras étaient similaires à celles de Drapetsona.

28. Le 28 avril 1998, le représentant du HCR à Athènes demanda au ministère de l'Ordre public de ne pas expulser le requérant vers la Syrie tant que l'examen de son affaire ne serait pas terminé.

29. Le 11 mai 1998, la chambre d'accusation du tribunal de première instance du Pirée, siégeant à huis clos, refusa de lever l'ordre d'expulsion ; elle rappela notamment que dans sa demande du 25 juin 1997, le requérant avait affirmé ne plus faire l'objet de persécutions en Syrie. La décision du tribunal ne contenait aucune disposition expresse sur le grief que le requérant tirait de sa détention.

30. Les 26 et 28 juillet 1998, le requérant demanda aux ministres de la Justice et de l'Ordre public de lever l'ordre d'expulsion et, en tout cas, de le libérer.

31. Le 3 décembre 1998, le requérant fut expulsé vers la Syrie. Le Gouvernement affirme avoir été informé par Interpol que la Syrie n'avait pas demandé l'extradition de l'intéressé.

32. Le requérant se plaint d'avoir été placé en détention à son arrivée en Syrie.

## II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES ET INTERNATIONAUX PERTINENTS

33. Aux termes de l'article 74 § 1 du code pénal,

« Le tribunal peut ordonner l'expulsion d'un étranger qui s'est vu condamné en vertu des articles 52 et 53 du code pénal, pour autant que les obligations internationales du pays soient respectées. Un étranger qui séjourne légalement en Grèce ne peut être expulsé que s'il a été condamné à une peine d'emprisonnement d'au moins trois mois. L'expulsion a lieu dès que l'étranger a fini de purger sa peine ou est relâché. Les mêmes conditions s'appliquent lorsque l'expulsion est ordonnée à titre de peine accessoire. »

34. L'article 105 du code pénal fixe les modalités de la libération des détenus sous condition.

35. Aux termes de l'article 106, le tribunal peut imposer au détenu bénéficiant d'une libération conditionnelle certaines obligations concernant, notamment, son lieu de résidence.

36. Le 15 janvier 1981, le procureur près la Cour de cassation exprima l'avis selon lequel, même si les personnes libérées sous condition ne

peuvent pas quitter le pays, leur expulsion peut être ordonnée par un tribunal en vertu de l'article 74 du code pénal.

37. L'article 27 § 6 de la loi n° 1975/1991 dispose que le ministre de l'Ordre public peut, dans l'intérêt public et si la personne à expulser est dangereuse ou risque de se soustraire à la justice, ordonner son maintien en détention jusqu'à ce que son expulsion devienne possible.

38. L'article 27 § 7 de la loi n° 1975/1991 précise que les modalités d'exécution des ordres d'expulsion donnés conformément aux dispositions de ladite loi et de ceux donnés par les juridictions pénales conformément à l'article 74 du code pénal, sont fixées par une décision commune des ministres des Affaires étrangères, de la Justice et de l'Ordre public.

39. La décision n° 4803/13/7A des 18-26 juin 1992 prise par les ministres des Affaires étrangères, de la Justice et de l'Ordre public comporte un certain nombre de dispositions concernant l'expulsion des étrangers en vertu d'une décision administrative. Aux termes de l'article 6 de ladite décision, «les étrangers frappés d'expulsion sont détenus dans des centres de détention de la police ou d'autres lieux appropriés déterminés par le ministre de l'Ordre public». Le 1<sup>er</sup> avril 1993, le procureur adjoint près la Cour de cassation a estimé que la décision n° 4803/13/7A des 18-26 juin 1992 s'appliquait par analogie aux cas d'expulsions ordonnées par les tribunaux.

40. Le 29 novembre 1994, le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) a publié, après la visite qu'il avait effectuée en Grèce en mars 1993, un rapport qui renferme les conclusions et recommandations suivantes concernant la direction de la police d'Athènes, avenue Alexandras :

«54. Les principaux locaux de détention à la Direction de la police d'Athènes étaient situés au 7<sup>e</sup> étage de l'immeuble de la Direction. Ils se composaient de 20 cellules divisées en deux sections. Les cellules mesuraient un peu plus de 12 m<sup>2</sup> et étaient munies de banes fixes permettant de se reposer/dormir ; l'éclairage était satisfaisant, et il en serait de même pour la ventilation si les cellules [n'étaient] pas surpeuplées. De manière générale, les cellules pouvaient être considérées comme offrant des conditions de séjour acceptables pour des personnes obligées de rester en détention pendant une période relativement brève, à condition de faire en sorte que les locaux restent propres et que l'on fournisse aux personnes obligées de passer la nuit en détention des matelas et des couvertures.

55. Toutefois, la délégation a constaté qu'en plus des personnes soupçonnées d'avoir commis des crimes ou des délits (pouvant rester quatre à six jours au maximum...), la Direction de la police était utilisée pour l'hébergement pendant de longues périodes de personnes retenues en vertu de la législation relative aux étrangers. Un grand nombre de ces personnes rencontrées par la délégation se trouvaient dans les locaux de détention de la Direction depuis plus d'un mois, quelques-unes y étant depuis plus de trois mois. Une telle situation est inadmissible. L'environnement matériel et le régime de détention ne conviennent absolument pas à des séjours aussi longs. Il n'est même pas

possible d'avoir accès à l'air libre : la promenade en dehors des cellules se déroule dans un couloir adjacent à celles-ci.

56. Il y avait au moment de la visite de la délégation de 50 à 60 personnes détenues à la Direction, dont près de 60 % en vertu de la législation relative aux étrangers. Il était cependant clair que peu avant la visite de la délégation, le nombre de personnes détenues était bien plus élevé. Au moins 50 personnes avaient été transférées quelques jours plus tôt de la Direction à un nouveau centre de détention pour étrangers situé près de l'aéroport (...)

La majeure partie des personnes détenues étaient deux ou trois par cellule, mais dans une cellule réservée aux femmes se trouvaient cinq personnes. Des personnes détenues ont dit à la délégation que, très peu de temps auparavant, il y avait au moins dix personnes par cellule. Etant donné les dimensions des cellules, de tels taux d'occupation sont absolument excessifs.

57. Des fonctionnaires de police ont dit à la délégation que l'une des deux sections de cellules était réservée aux personnes soupçonnées d'avoir commis des crimes ou des délits et l'autre aux personnes retenues en vertu de la législation relative aux étrangers ; on a cependant observé qu'en pratique la séparation entre ces deux catégories très différentes de personnes n'était pas assurée.

En outre, certaines personnes retenues en vertu de la législation relative aux étrangers ont affirmé n'avoir reçu aucune information concernant la procédure qui leur était applicable (du moins pas dans une langue qu'elles comprenaient). Toutefois, ces personnes avaient accès au téléphone.

58. Les personnes détenues disposaient de couvertures (bien que la délégation se soit laissé dire qu'elles n'avaient été mises à leur disposition que la veille de la première visite de la délégation), mais pas de matelas.

Des toilettes et des douches étaient situées à côté des cellules et aucune plainte n'a été formulée quant à l'accès à ces locaux ; des détenus se sont cependant plaints de n'avoir pas reçu de serviette ni de savon. La propreté et l'état d'entretien général des toilettes et des douches étaient déplorables, bien que des tentatives d'amélioration de la situation aient été faites entre les différentes visites de la délégation.

59. En ce qui concerne les locaux de détention au 7<sup>e</sup> étage de la Direction de la police d'Athènes, le CPT souhaite formuler les recommandations suivantes :

- que nul ne soit détenu dans ces locaux au-delà du délai absolument nécessaire ;
- qu'il y ait un taux maximum d'occupation de quatre personnes par cellule (avec une exception éventuelle concernant les personnes qui ne restent que quelques heures en détention) ;
- que les personnes qui passent la nuit en détention reçoivent à la fois des couvertures et un matelas ;
- que les toilettes et les douches soient rénovées et entretenues de façon à respecter les conditions d'hygiène et que l'on fournisse aux personnes détenues le nécessaire pour se tenir propres ;
- que l'on recherche des moyens pour permettre aux personnes détenues pendant plus de 24 heures de bénéficier quotidiennement d'un exercice de plein air ;

– que les personnes retenues en vertu de la législation relative aux étrangers soient tenues strictement à l'écart des personnes soupçonnées de crimes ou de délits ;

– qu'une brochure d'information soit remise aux personnes retenues en vertu de la législation relative aux étrangers pour leur expliquer la procédure qui leur est applicable et leurs droits en la matière ; cette brochure devrait être disponible dans les langues les plus couramment parlées par ces personnes et, si nécessaire, les services d'un interprète devraient être procurés.»

41. En mai 1997 et en octobre 1999 le CPT effectua deux autres visites à la direction de la police, avenue Alexandras, et au centre de détention de Drapetsona. Les rapports établis à la suite de ces visites n'ont pas encore été rendus publics.

## EN DROIT

### I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 3 DE LA CONVENTION

42. Le requérant dénonce les conditions de sa détention sous écrou extraditionnel tant à Drapetsona qu'à Alexandras. Il invoque l'article 3 de la Convention, ainsi libellé :

«Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.»

43. Le Gouvernement soutient que les conditions de la détention du requérant ne s'analysent pas en un traitement inhumain ou dégradant contraire à l'article 3, parce que le degré minimum de gravité requis n'a pas été atteint. La durée de détention de dix-sept mois est imputable aux divers efforts déployés par le requérant pour mettre un terme à son expulsion.

44. La Cour rappelle que, selon la jurisprudence des organes de la Convention, pour tomber sous le coup de l'article 3, un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité (arrêt *Irlande c. Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, série A n° 25, p. 65, § 162). Cela s'applique également au traitement dégradant (arrêt *Costello-Roberts c. Royaume-Uni* du 25 mars 1993, série A n° 247-C, p. 59, § 30). L'appréciation de ce minimum de gravité est relative ; elle dépend de l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques ou mentaux ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime (arrêts *Irlande c. Royaume-Uni* et *Costello-Roberts* précités).

45. En l'occurrence, la Cour constate que le requérant a été tout d'abord détenu pendant plusieurs mois au commissariat de police de Drapetsona, qui est un centre pour personnes retenues en vertu de la législation relative aux étrangers. Il aurait été détenu dans une cellule



surpeuplée et sale, dans des conditions d'hygiène et de couchage médiocres; il allègue aussi que l'eau chaude était rare, que l'air frais et la lumière du jour faisaient défaut et qu'il n'y avait pas de cour où prendre de l'exercice. Le requérant n'arrivait pas même à lire, tant sa cellule était surpeuplée. En avril 1998, il fut transféré à la direction de la police, avenue Alexandras, où les conditions étaient similaires à celles de Drapetsona et où il resta détenu jusqu'au 3 décembre 1998, date de son expulsion vers la Syrie.

La Cour relève que le Gouvernement ne dément pas les allégations concernant la surpopulation et le manque de lits ou de literie.

46. La Cour estime que les conditions de détention peuvent quelquefois s'apparenter à un traitement inhumain ou dégradant. Dans l'«Affaire grecque» (requêtes n<sup>os</sup> 3321/67, 3322/67, 3323/67 et 3344/67, rapport de la Commission du 5 novembre 1969, Annuaire 12), la Commission est parvenue à cette conclusion au sujet de la surpopulation et des installations inappropriées concernant le chauffage, les conditions sanitaires, le couchage, la nourriture, les loisirs et les contacts avec le monde extérieur. Lorsqu'on évalue les conditions de détention, il y a lieu de prendre en compte leurs effets cumulatifs ainsi que les allégations spécifiques du requérant. En l'espèce, la Cour constate, bien qu'elle n'ait pas effectué de visite sur les lieux, que les conclusions du CPT du 29 novembre 1994 concernant la direction de la police, avenue Alexandras, confirment les allégations du requérant. Dans son rapport, le CPT a fait observer que l'hébergement en cellules et le régime de détention n'étaient pas du tout adaptés pour plus de quelques jours, les taux d'occupation étant absolument excessifs et les installations sanitaires déplorable. Bien que le CPT ne se soit pas rendu au centre de détention de Drapetsona à l'époque considérée, la Cour relève que le Gouvernement a décrit les conditions de détention dans les locaux de l'avenue Alexandras comme similaires à celles de Drapetsona et que le requérant a reconnu que les conditions y étaient un peu meilleures puisque les cellules étaient éclairées par la lumière du jour et aérées et que l'eau chaude était disponible en quantité suffisante.

47. En outre, la Cour ne perd pas de vue qu'en 1997, le CPT s'était rendu à la fois à la direction de la police, avenue Alexandras, et au centre de détention de Drapetsona et avait jugé nécessaire d'effectuer une nouvelle visite aux deux endroits en 1999. Le requérant fut détenu entre les deux visites, de juillet 1997 à décembre 1998.

48. Eu égard à ce qui précède, la Cour estime que les conditions de détention du requérant à la direction générale de la police, avenue Alexandras, et au centre de détention de Drapetsona, notamment la surpopulation importante et l'absence de matériel de couchage, combinées à la durée excessive de sa détention en de pareilles conditions, s'analysent en un traitement dégradant contraire à l'article 3.

49. Il y a donc eu violation de l'article 3 de la Convention.

## II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 5 DE LA CONVENTION

50. Le requérant se plaint également, sur le terrain de l'article 5 de la Convention, de l'illégalité et de la durée de sa détention, ainsi que de l'absence de recours en droit interne à cet égard. L'article 5 de la Convention est libellé comme suit :

«1. Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales :

(...)

f) s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours.

(...)

4. Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale.

(...)»

51. Le Gouvernement affirme que le requérant a été détenu en vertu d'une décision judiciaire ordonnant son expulsion. Il ressort de cette décision que le requérant représentait un danger pour l'ordre et la sécurité publics et que, sinon, il n'aurait pas été expulsé. De plus, sa détention avait une base en droit interne : elle reposait sur l'article 74 du code pénal et l'article 27 § 7 de la loi 1975/1991, combinés avec l'article 6 de la décision ministérielle n° 4803/13/7A des 18-26 juin 1992. La durée – dix-sept mois – de la détention serait imputable aux divers efforts déployés par le requérant pour empêcher son expulsion.

52. Le Gouvernement soutient en outre que le contrôle juridictionnel de la légalité de la détention se trouvait incorporé dans l'ordre d'expulsion. En tout état de cause, le 11 mai 1998, le tribunal du Pirée a revu la question de l'expulsion du requérant et, par extension implicite, celle de sa détention.

53. Le requérant allègue qu'en l'absence de dispositions légales, l'avis d'un procureur près la Cour de cassation ne peut rendre sa détention légale. De plus, il n'aurait disposé d'aucun recours pour contester la légalité de sa longue détention ; ses demandes adressées aux ministres de la Justice et de l'Ordre public, par lesquelles il invitait ceux-ci à lever l'ordre d'expulsion et à le relâcher, n'auraient pas constitué des recours judiciaires et auraient toutes été rejetées ou seraient restées sans réponse. De fait, sa détention n'ayant été ordonnée ni par une décision administrative ni par un tribunal, il n'aurait disposé en droit interne d'aucun recours pour en contester la légalité.

54. La Cour relève qu'il ne prêle pas à controverse entre les parties que le requérant a été détenu « en vue de son expulsion » au sens de l'article 5 § 1f). Il appartient toutefois à la Cour de rechercher si la détention du requérant était « régulière » aux fins de cette disposition, en tenant notamment compte des garanties qu'offre le système interne. En matière de « régularité » d'une détention, y compris l'observation des « voies légales », la Convention renvoie pour l'essentiel à l'obligation d'observer les normes de fond comme de procédure de la législation nationale, mais elle exige de surcroît la conformité de toute privation de liberté au but de l'article 5 : protéger l'individu contre l'arbitraire (arrêt *Chahal c. Royaume-Uni* du 15 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V, p. 1864, § 118).

55. A cet égard, la Cour rappelle qu'en exigeant que toute privation de liberté soit effectuée « selon les voies légales », l'article 5 § 1 impose, en premier lieu, que toute arrestation ou détention ait une base légale en droit interne. Toutefois, ces termes ne se bornent pas à renvoyer au droit interne ; ils concernent aussi la qualité de la loi ; ils la veulent compatible avec la prééminence du droit, notion inhérente à l'ensemble des articles de la Convention. Pareille qualité implique qu'une loi nationale autorisant une privation de liberté soit suffisamment accessible et précise afin d'éviter tout danger d'arbitraire (arrêt *Amuur c. France* du 25 juin 1996, *Recueil* 1996-III, pp. 850-851, § 50).

56. La Cour constate qu'aux termes de l'article 27 § 6 de la loi n° 1975/1991, qui s'applique à l'expulsion des étrangers par décision administrative, un étranger peut être détenu sous réserve qu'il soit sous le coup d'une décision administrative d'expulsion émanant du ministère de l'Ordre public et dont l'exécution est pendante, et sous réserve qu'on estime qu'il représente un danger pour l'ordre public ou qu'il pourrait tenter de se soustraire à la justice.

En l'espèce, l'expulsion du requérant a été ordonnée par décision judiciaire, et non par décision administrative. En outre, nul n'a prétendu qu'il représentait un danger pour l'ordre public. La chambre d'accusation, qui a ordonné sa libération en juillet 1997, a considéré que la conduite du requérant au cours de sa détention laissait penser qu'il n'allait pas récidiver une fois libéré et que son maintien en détention n'était pas nécessaire.

57. La Cour note en outre que le 1<sup>er</sup> avril 1993, le procureur adjoint près la Cour de cassation avait émis l'avis que la décision n° 4803/13/7A des 18-26 juin 1992 était applicable par analogie dans les cas d'expulsions ordonnées par les tribunaux. La Cour considère que l'avis d'un procureur de rang élevé – concernant l'applicabilité par analogie d'une décision ministérielle sur la détention de personnes exposées à une expulsion en vertu d'une décision administrative – ne constitue pas une « loi » de « qualité » suffisante au sens de sa jurisprudence.

58. Dans ces conditions, la Cour estime qu'il y a eu en l'espèce violation de l'article 5 § 1 de la Convention.

59. Ayant constaté que la détention du requérant n'était nullement conforme aux exigences de l'article 5 § 1, la Cour ne juge pas devoir examiner séparément si la durée de la détention a emporté elle aussi violation de cette disposition.

60. Quant au grief du requérant sous l'angle de l'article 5 § 4 de la Convention, le Gouvernement soutient que le recours prévu par l'article 5 § 4 se trouvait incorporé dans les décisions judiciaires ordonnant l'expulsion du requérant (16 juillet 1997) et refusant de la révoquer (11 mai 1998).

61. La Cour rappelle que le concept de «*lawfulness*» («régularité», «légalité») doit avoir le même sens au paragraphe 4 de l'article 5 qu'au paragraphe 1, de sorte qu'une personne détenue a droit à faire contrôler sa détention sous l'angle non seulement du droit interne, mais aussi de la Convention, des principes généraux qu'elle consacre et du but des restrictions qu'autorise le paragraphe 1. L'article 5 § 4 ne garantit pas le droit à un contrôle juridictionnel d'une ampleur telle qu'il habiliterait le tribunal à substituer sur l'ensemble des aspects de la cause, y compris des considérations de pure opportunité, sa propre appréciation à celle de l'autorité dont émane la décision. Il n'en veut pas moins un contrôle assez ample pour s'étendre à chacune des conditions indispensables à la régularité de la détention d'un individu au regard du paragraphe 1 (arrêt *Chahal* précité, pp. 1865-1866, § 127).

62. La Cour note que les demandes de libération présentées par le requérant aux ministres de la Justice et de l'Ordre public les 28 novembre 1997 et 26 juillet 1998 ne sauraient être tenues pour des recours effectifs lui permettant de contester la légalité de sa détention. En les soumettant, le requérant a fait appel à la clémence discrétionnaire de ces ministres, qui les ont soit rejetées, soit laissées sans réponse. Par ailleurs, dans sa décision du 11 mai 1998, la chambre d'accusation du tribunal pénal de première instance du Pirée, siégeant à huis clos, n'a pas statué sur le grief du requérant concernant sa détention.

63. Dès lors, l'ordre juridique grec n'a offert au requérant aucune possibilité d'obtenir une décision d'une juridiction interne sur la légalité de sa détention sous écrou extraditionnel, au mépris de l'article 5 § 4.

64. La Cour conclut qu'il y a également eu violation de l'article 5 § 4 de la Convention.

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

65. 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, frais et dépens

66. Le requérant réclame au total 18 000 000 de drachmes (GRD) pour dommage matériel et moral ainsi que pour frais et dépens.

67. Le Gouvernement juge ce montant excessif.

68. La Cour constate que le requérant n'a pas cherché à étayer sa demande pour dommage matériel. En conséquence, ce dommage n'a nullement été établi et la demande s'y rapportant doit être écartée.

69. Quant à la revendication pour préjudice moral, la Cour rappelle le nombre et la gravité des violations qu'elle a constatées dans la présente affaire et pour lesquelles le requérant devrait percevoir une indemnité. Le requérant a aussi encouru des frais aux fins de sa représentation devant la Commission et la Cour. Statuant en équité, comme le veut l'article 41 de la Convention, la Cour décide d'allouer une somme totale de 5 000 000 de GRD pour préjudice moral et frais, plus tout montant pouvant être dû au titre de la taxe sur la valeur ajoutée.

### B. Intérêts moratoires

70. Selon les informations dont la Cour dispose, le taux d'intérêt légal applicable en Grèce à la date d'adoption du présent arrêt est de 6 % l'an.

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

1. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 3 de la Convention;
2. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 5 § 1 de la Convention;
3. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 5 § 4 de la Convention;
4. *Dit*
  - a) que l'Etat défendeur doit verser au requérant, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, 5 000 000 de GRD (cinq millions de drachmes) pour dommage moral et pour frais et dépens, 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 6 % 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 anglais, puis communiqué par écrit le 6 mars 2001, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

S. DOLLÉ  
Greffière

J.-P. COSTA  
Président



HILAL v. THE UNITED KINGDOM  
*(Application no. 45276/99)*

THIRD SECTION

JUDGMENT OF 6 MARCH 2001<sup>1</sup>

---

1. English original.





SUMMARY<sup>1</sup>**Threatened deportation of asylum-seeker to Tanzania****Article 3**

*Expulsion – Threatened deportation of asylum-seeker to Tanzania – Risk of exposure to ill-treatment – Evidence of previous ill-treatment – Possibility of deportation to another part of the country of destination – “Internal flight” option – Evidence before the Court – Endemic human rights problems in country of destination – Institutional links between police forces in country of destination*

**Article 13**

*Effective remedy – Judicial review of deportation decision – Scope of judicial review*

\*  
\* \* \*

The applicant was born in Zanzibar, which forms part of the United Republic of Tanzania yet enjoys considerable autonomy. In 1992 the applicant joined the Civic United Front (CUF), an opposition party in Zanzibar. He was an active member, attending meetings and contributing to the party funds. In August 1994 he was arrested by officers of the ruling party because of his involvement with the CUF. He was detained for three months, during which he was subjected to ill-treatment. Following his release, the police came looking for him and, fearing for his safety, he left Tanzania. He went to the United Kingdom, where he claimed asylum. At an initial interview with the immigration authorities, he stated only that he feared for his life in Zanzibar; at the following interview he mentioned his detention and ill-treatment and also referred to the detention and subsequent death of his brother. The Secretary of State refused asylum, finding the account implausible, and the applicant's appeal was dismissed by a special adjudicator. In his decision, the special adjudicator noted inconsistencies between the evidence given before him and the answers given at the asylum interviews and referred to the lack of documentary evidence. Leave to appeal was refused. The applicant subsequently obtained a copy of his brother's death certificate, a medical report concerning his brother and a summons from the Zanzibar police to his parents, requesting their attendance to explain the applicant's unlawful conduct. The Secretary of State found that the police summons was self-serving and not significant, while the death certificate did not disclose proof that the applicant's brother had been murdered by the authorities. Reconsidering the original application on all the evidence available to him, the Secretary of State refused to reverse his decision. The Secretary of State also examined new material submitted by the applicant in

---

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

support of his claim that he had been ill-treated but again declined to reverse his decision to refuse asylum. The applicant applied for judicial review. Relying on a letter from the British High Commission in Tanzania of April 1998, the Secretary of State submitted that the new material was irrelevant because the applicant could live safely in mainland Tanzania. The High Court rejected the application for judicial review and the Court of Appeal refused leave to apply for judicial review. The applicant was notified that he would be removed to Zanzibar in January 1999. In February 1999 the applicant's wife arrived in the United Kingdom and claimed asylum, alleging that the police had harassed her due to her husband's involvement in the CUF. She stated that the police had come to her house in order to find out if the applicant was back in Zanzibar and had threatened to arrest her instead.

### *Held*

(1) Article 3: In determining whether it had been shown that the applicant ran a real risk, if deported to Tanzania, of suffering treatment proscribed by Article 3, the issue had to be assessed in the light of all the material placed before the Court or, if necessary, obtained *proprio motu*. As regards the finding that the applicant lacked credibility, the special adjudicator's decision relied on, *inter alia*, a lack of substantiating evidence. However, the applicant later produced further documentation and, while this material was examined by the Secretary of State and the courts, they did not reach any findings of fact in that regard but arrived at their decisions on a different basis, namely that even if the allegations were true, the applicant could live safely in mainland Tanzania. An examination of the materials provided by the applicant and the assessment of them by the domestic authorities disclosed no basis for rejecting them as forged or fabricated. Although the Government had expressed doubts as to the authenticity of the medical report, they had not provided any evidence to substantiate these doubts or to contradict the opinion submitted by the applicant, nor had they provided an opportunity for the report and the way in which the applicant had obtained it to be tested in a procedure before the special adjudicator. The Court accepted that the applicant had been arrested and detained because he was a member of the CUF opposition party and found that he had been ill-treated during his detention. As to whether he was at risk of ill-treatment if he returned home, his wife informed the immigration authorities that the police had come to her house looking for the applicant and making threats and this was consistent with other information provided in relation to Zanzibar, where CUF members had in the past suffered serious harassment, arbitrary detention, torture and ill-treatment by the authorities. Thus, the applicant would be at risk on his return to Zanzibar of being arrested, detained and ill-treated. With regard to the Government's argument that the situation in mainland Tanzania was more secure, the situation was far from satisfactory and disclosed a long-term, endemic situation of human rights problems. Moreover, the police in mainland Tanzania could be regarded as linked institutionally to the police in Zanzibar and could not be relied on as a safeguard against arbitrary action. There was also the possibility of extradition between Tanzania and Zanzibar. Therefore, the "internal flight" option did not offer a reliable guarantee against the risk of ill-treatment. In conclusion, the applicant's

deportation to Tanzania would breach Article 3 as he would face a serious risk of being subjected there to torture or inhuman or degrading treatment.

*Conclusion:* violation (unanimously).

(2) Articles 6 and 8: In the light of its finding above, the Court concluded unanimously that no separate issue arose under these provisions.

(3) Article 13: In previous cases, judicial review proceedings have been considered to be an effective remedy in relation to complaints raised under Article 3 in the contexts of deportation and extradition, as the English courts could effectively control the legality of executive discretion on substantive and procedural grounds and quash decisions as appropriate. A court in the exercise of its powers of judicial review would have power to quash a decision to expel or deport an individual to a country where it was established that there was a serious risk of inhuman or degrading treatment, on the ground that in all the circumstances of the case the decision was one that no reasonable Secretary of State could take. Furthermore, the domestic courts give careful and detailed scrutiny to claims that an expulsion would expose an applicant to the risk of inhuman or degrading treatment and the fact that the scrutiny takes place against the background of the criteria applied in the judicial review of administrative decisions, namely rationality and perverseness, did not deprive the procedure of its effectiveness. The substance of the applicant's complaint was examined by the Court of Appeal, which had the power to afford him the relief he sought, and the fact that it did not do so was not a material consideration, since the effectiveness of a remedy for the purposes of Article 13 does not depend on the certainty of a favourable outcome for an applicant.

*Conclusion:* no violation (unanimously).

Article 41: The Court made an award in respect of costs and expenses.

### **Case-law cited by the Court**

*Boyle and Rice v. the United Kingdom*, judgment of 27 April 1988, Series A no. 131

*Soering v. the United Kingdom*, judgment of 7 July 1989, Series A no. 161

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

*Chahal v. the United Kingdom*, judgment of 15 November 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V

*Ahmed v. Austria*, judgment of 17 December 1996, *Reports* 1996-VI

*Aksoy v. Turkey*, judgment of 18 December 1996, *Reports* 1996-VI

*H.L.R. v. France*, judgment of 29 April 1997, *Reports* 1997-III

*D. v. the United Kingdom*, judgment of 2 May 1997, *Report* 1997-III

*Aydın v. Turkey*, judgment of 25 September 1997, *Reports* 1997-VI

*Kaya v. Turkey*, judgment of 19 February 1998, *Reports* 1998-I

*İlhan v. Turkey* [GC], no. 22277/93, ECHR 2000-VII



**In the case of Hilal v. the United Kingdom,**

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

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

Mr W. FUHRMANN,

Mrs F. TULKENS,

Mr K. JUNGWIERT,

Sir Nicolas BRATZA,

Mr K. TRAJA,

Mr M. UGREKHELIDZE, *judges*,

and Mrs S. DOLLÉ, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 8 February 2000 and 13 February 2001,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 45276/99) against the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Tanzanian national, Mr Said Mohammed Hilal (“the applicant”), on 5 January 1999.

2. The applicant, who had been granted legal aid, was represented by Sen & Co., solicitors in Wembley. The United Kingdom Government (“the Government”) were represented by their Agent, Ms R. Mandal, of the Foreign and Commonwealth Office.

3. The applicant alleged that his expulsion to Tanzania placed him at risk of torture or inhuman or degrading treatment, that he would not receive a fair trial if he were returned to Tanzania and that he had no effective remedy available to him in respect of these matters. He relied on Articles 3, 6, 8 and 13 of the Convention.

4. The application was allocated to the Third Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). Within that Section, the Chamber that would consider the case (Article 27 § 1 of the Convention) was constituted as provided in Rule 26 § 1.

5. The President of the Chamber and subsequently the Chamber decided to apply Rule 39, indicating to the Government that it was desirable in the interests of the parties and the proper conduct of the proceedings that the applicant should not be expelled to Tanzania pending the Court’s decision.

6. By a decision of 8 February 2000, the Chamber declared the application admissible<sup>1</sup>.

7. The applicant and the Government each filed observations on the merits (Rule 59 § 1). The Chamber decided, after consulting the parties, that no hearing on the merits was required (Rule 59 § 2 *in fine*).

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

8. The applicant was born in Pemba, one of the Zanzibar islands, in 1968. Zanzibar is part of the United Republic of Tanzania. It has its own President, parliament and government and enjoys considerable autonomy.

9. According to the applicant, in 1992 he joined the Civic United Front (“the CUF”), an opposition party in Zanzibar. He was an active member, attending meetings and contributing money to the party funds. In August 1994 the applicant was arrested by Chama Cha Mapinduzi (“the CCM”, the ruling party) officers because of his involvement with the CUF. He was detained at Madema police station in Zanzibar for three months, where he was tortured. He was repeatedly locked in a cell full of water for days at a time so he was unable to lie down. He was hung upside down with his feet tied together until he bled through the nose, and he was also subjected to electric shocks.

10. In November 1994 the applicant stated that he was released from detention following pressure from CUF leaders on the Tanzanian government. He was admitted to hospital, where a medical officer recorded that the applicant was haemorrhaging severely through the nose as a result of his treatment and had been subjected to harm endangering life.

11. The applicant stated that his brother had been taken into detention shortly before he was. He had been ill-treated and died in January 1995 in hospital where he had been taken from prison.

12. Following his release, the applicant stated that he only contributed funds to the CUF. In January 1995 the police came looking for him while he was out. The police detained his wife overnight and questioned his friends. He decided to leave his home and Tanzania, fearing for his safety.

13. On 9 February 1995 the applicant arrived in the United Kingdom and claimed asylum. That day a pro forma interview was held with an immigration officer, where the applicant was assisted by an interpreter. According to the form, the purpose of the interview was to enable the immigration officer to take down the initial details of the asylum

---

1. *Note by the Registry.* The Court’s decision is obtainable from the Registry.

application. When asked what the basis of his asylum claim was, the applicant was noted as having said: "Because of the problems in the country and my safety. I have been threatened a lot by the ruling party so I decided to leave the country." The applicant stated that he had been a member of the CUF since 1992.

14. At the full asylum interview held on 15 March 1995, the applicant was recorded as stating that he had had no problem in obtaining a passport as he was a businessman, and that he had organised his passage to the United Kingdom himself. When asked what the basis for his asylum claim was, he stated that he had been taken away and detained for three months, from August to November 1994, at Madema police station, where he had been tortured. He had been locked in a room with a very low ceiling, where he could not stand up, and then placed for one and a half days in a room filled with water up to the chest, where he could not lie down. He was taken out and returned there twice a week. A few days before he was released he was hung upside down and given electric shocks. He had been arrested because he gave money to the CUF. He was told that he had been released because the CUF leaders had approached the authorities in Dar es Salaam. After his release, he was treated in a private clinic. He produced his CUF card. He had been an ordinary member, doing nothing more than give money. He had not taken part in the demonstration which had been allowed. He mentioned that his brother had been arrested in January 1995 and died after being in police custody. His brother had been badly beaten and was vomiting blood, so they had released him to hospital on 20 January 1995 as they knew he was going to die. His uncle had helped him to leave, obtaining an income-tax clearance and an airline ticket. His uncle checked in with the ticket for him and he was able to board the plane.

15. On 29 June 1995 the Secretary of State refused asylum, finding the applicant's account implausible and noting inconsistencies in his answers. The applicant's appeal to a special adjudicator was dismissed on 8 November 1996. During the proceedings the applicant had claimed that the Tanzanian authorities intercepted the letters he was sending home, knew that he had claimed asylum, and had summoned his parents to explain

"about [their] son who [was] in a foreign country to abuse the government which [was] in power ..."

He provided correspondence from the Royal Mail concerning his enquiries about money which had gone missing from a registered letter dated 27 November 1995 which he had sent to his parents in Tanzania.

16. In his decision the special adjudicator noted inconsistencies between the evidence given by the applicant before him and the answers given in his asylum interviews. He placed considerable weight on the fact

that the applicant had not mentioned his arrest and torture at his first asylum interview and did not accept the applicant's explanation that the interviewing officer told him that it was not necessary to give details at this stage or that he was having difficulties with the interpreter. He also noted that the evidence concerning his brother's arrest was contradictory and that no documentary evidence such as a death certificate had been produced. He therefore did not accept that the applicant's brother was arrested, tortured or killed. He also observed that the applicant had not provided documentary evidence that the Zanzibar authorities were accusing him of tarnishing Tanzania's good name, and therefore did not accept that it existed. Looking at the evidence as a whole, he concluded that there was no well-founded fear of persecution for a Convention reason established to the required standard.

17. Leave to appeal to the Immigration Appeal Tribunal was refused on 10 January 1997.

18. The applicant obtained a copy of his brother's death certificate and a medical report which recorded that his brother died on 20 January 1995, after being brought to hospital from prison with a history of severe chest pain and general body weakness associated with a fever. He also obtained the summons from the Pemba police headquarters to his parents dated 25 November 1995 requesting their attendance to explain the applicant's unlawful conduct in embarrassing the government and country. He made representations to the Secretary of State dated 30 January 1997, providing copies and requesting that his letter be considered as a fresh asylum application.

19. By letter dated 4 February 1997 the Secretary of State expressed the view that the police summons was self-serving and not significant, while the death certificate did not disclose proof that his brother, who died of a fever, had been murdered by the authorities. He had, accordingly, decided not to treat the representations as a fresh application for asylum, but to reconsider the original asylum application on all the evidence available to him. He refused on that basis to reverse his decision.

20. By letter dated 4 February 1997 the applicant's representatives requested, alternatively, that the new material be referred to the special adjudicator under section 21 of the Immigration Act 1971. By letter dated 5 February 1997 the Secretary of State informed them that he had decided not to refer the material in question.

21. By letter dated 29 April 1997 the applicant's representatives submitted to the Secretary of State a medical report about the applicant's treatment following detention in Zanzibar, and requested that the new materials be submitted to the special adjudicator under section 21. They submitted further representations on 26 March 1998.

The hospital medical report, dated 8 November 1994, from a medical officer recorded that the applicant had suffered a severe nasal



haemorrhage, that this was of a “dangerous harm” degree and that the injury had been inflicted by hanging upside down.

22. By letter dated 23 April 1998 the Secretary of State informed the applicant that he had considered the new material, but that this evidence did not cause him to reverse his decision to refuse asylum. He noted that the documents would have been available to the applicant at the time of his appeal hearing but were not produced, which cast doubt on their authenticity. Even if the medical certificate and police summons were authentic, however, he saw no reason why the applicant could not return to live safely and without harassment in mainland Tanzania. He refused to make a reference under section 21.

23. The applicant applied for leave to apply for judicial review of the Secretary of State’s refusal to refer the new material to the special adjudicator. He submitted an expert opinion confirming that the documents were genuine. The Secretary of State submitted that the documents were irrelevant because the applicant could live safely in mainland Tanzania. He relied on a letter from the British High Commission in Tanzania dated 8 April 1998 which stated that in general there was no evidence of politically motivated detentions on the mainland, although there were “more general human rights problems such as arbitrary detentions and poor penal conditions” on the mainland.

24. On 1 July 1998 the application for leave was rejected by the High Court. Mr Justice Jowitt stated:

“The Secretary of State’s decision [is] that things have changed and that as matters now stand, whatever was or was not the case in November 1996 and whatever ought or ought not to have been the outcome of the appeal heard then, the applicant can safely return to his home country, provided he goes to the mainland. Having looked at the letter [from the British High Commission], I can see no arguable grounds for saying that the Secretary of State has acted with *Wednesbury* unreasonableness in concluding that in the light of this new material he has no need to refer the matter to the Special Adjudicator and this application must be refused.”

25. The applicant appealed to the Court of Appeal arguing that the Secretary of State’s refusal was wrong in law and “*Wednesbury* unreasonable” and that, in claiming that the applicant could live safely on the mainland, he was not complying with international obligations by failing to take into account the applicant’s specific case or documentation.

26. On 1 December 1998 the Court of Appeal refused leave to apply for judicial review. In its judgment it noted that the hospital records showed that his brother had died of fever and did not support the applicant’s evidence that his brother had been tortured. Even assuming that the medical report on the applicant and the summons by the police to his parents were genuine, there was no evidence to suggest that the conclusion reached by the Secretary of State that the applicant could live without harassment on the mainland was wrong.

27. On 23 December 1998 the applicant was notified that he would be removed to Zanzibar on 11 January 1999.

28. On 22 February 1999 the applicant's wife arrived in the United Kingdom and claimed asylum shortly afterwards. It was recorded that she stated in her interview that the police had harassed her due to her husband's involvement with the CUF. She had been detained for one day in April 1995 and questioned about her husband's whereabouts. The police came to her house on 12 February 1999, wanting to know if her husband was back in Zanzibar as there was a rumour that the United Kingdom had sent back most of the asylum-seekers from Zanzibar. They were angry because he had claimed asylum and tarnished the name of the President. They threatened to arrest her instead.

## II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

### A. Immigration legislation and rules

29. Asylum applications are determined by the Secretary of State, pursuant to paragraph 328 of the Immigration Rules and section 3 of the Immigration Act 1971 ("the 1971 Act"). Where leave to enter is refused by the Secretary of State pursuant to section 4 of the 1971 Act, the person may appeal against the refusal to a special adjudicator on the grounds that the removal would be contrary to the United Kingdom's obligations under the Geneva Convention (section 8 of the 1971 Act).

30. An appeal lies from the special adjudicator to the Immigration Appeal Tribunal (section 20 of the 1971 Act).

31. Section 21 of the 1971 Act provides:

"(1) Where in any case:

(a) an adjudicator has dismissed an appeal, and there has been no further appeal to the Appeal Tribunal, or the tribunal has dismissed an appeal made to them ...; or

(b) the Appeal Tribunal has affirmed the determination of an adjudicator dismissing an appeal ... the Secretary of State may at any time refer for consideration under this section any matter relating to the case which was not before the adjudicator or Tribunal ..."

32. Rule 346 of the Immigration Rules provides that the Secretary of State will treat representations as a fresh application if the claim advanced is sufficiently different from the earlier claim. He disregards, in considering whether to treat the representations as a fresh claim, material which is not significant, or is not credible, or was available to the applicant at the time when the previous application was refused or when any appeal was determined.

## B. Domestic immigration decisions on Tanzania

33. There have been a number of domestic cases where special adjudicators have rejected “internal flight” possibilities for CUF members from Zanzibar. In *Masoud Mussa v. the Secretary of State* (30 July 1998), the Government pointed out that the Secretary of State’s counsel had not been present to argue the point. In *Omar Machano Omar v. the Secretary of State* (24 June 1998), the asylum claimant was an escaped prisoner from Zanzibar and a target for internal extradition proceedings. In *Salim Saleh Salim v. the Secretary of State* (15 January 1998), the adjudicator found that there was no evidence before him to show that the claimant would be any safer on the mainland than in Zanzibar.

34. In the case of *Adam Houiji Foum v. the Secretary of State* (10 January 2000), the Immigration Appeal Tribunal allowed the appeal of a Tanzanian asylum-seeker who had been involved in CUF activities, on the basis that, as he had suffered torture in Zanzibar and a summons had been issued against him in Tanzania generally, there was a very reasonable prospect that he would be picked up by the police and undergo ill-treatment similar to that previously received in Zanzibar, either at the hands of the Zanzibar authorities or of the police in mainland Tanzania who also exercised brutality on prisoners in their custody. It therefore rejected the “internal flight” option.

## C. Judicial review in immigration cases

35. Decisions of the Home Secretary to refuse asylum, to make a deportation order or to detain pending deportation are liable to challenge by way of judicial review and may be quashed by reference to the ordinary principles of English public law.

36. These principles do not permit the courts to make findings of fact on matters within the jurisdiction of the Secretary of State or to substitute their discretion for the minister’s. The courts may quash his decision only if he has failed to interpret or apply English law correctly, if he has failed to take account of issues which he was required by law to address, or if his decision was so irrational or perverse that no reasonable Secretary of State could have made it (*Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation* [1948] 1 King’s Bench Reports 223).

37. In the recent case of *R. v. Home Secretary, ex parte Turgut* (28 January 2000), concerning the Secretary of State’s refusal of asylum to a young male Turkish Kurd draft evader, Lord Justice Simon Brown, in the Court of Appeal’s judgment, stated as follows:

“I therefore conclude that the domestic court’s obligation on an irrationality challenge in an Article 3 case is to subject the Secretary of State’s decision to rigorous examination and this it does by considering the underlying factual material for itself to

see whether it compels a different conclusion to that arrived at by the Secretary of State. Only if it does will the challenge succeed.

All that said, however, this is not an area in which the Court will pay any especial deference to the Secretary of State's conclusion on the facts. In the first place, the human right involved here – the right not to be exposed to a real risk of Article 3 treatment – is both absolute and fundamental: it is not a qualified right requiring a balance to be struck with some competing social need. Secondly, the Court here is hardly less well placed than the Secretary of State himself to evaluate the risk once the relevant material is before it. Thirdly, whilst I would reject the applicant's contention that the Secretary of State has knowingly misrepresented the evidence or shut his eyes to the true position, we must, I think, recognise at least the possibility that he has (even if unconsciously) tended to depreciate the evidence of risk and, throughout the protracted decision-making process, may have tended also to rationalise the further material adduced so as to maintain his pre-existing stance rather than reassess the position with an open mind. In circumstances such as these, what has been called the 'discretionary area of judgment' – the area of judgment within which the Court should defer to the Secretary of State as the person primarily entrusted with the decision on the applicant's removal ... – is decidedly a narrow one."

### III. RELEVANT INTERNATIONAL MATERIAL

38. In January 1997 the US Department of State released the Tanzania Country Report on Human Rights Practices for 1996. It stated:

"The Government's human rights record did not improve and problems persisted. Although the 1995 multiparty elections represented an important development, citizens' right to change their government in Zanzibar is severely circumscribed. Although new opposition parties were competitive in many 1995 races and won in some constituencies, police often harassed and intimidated members and supporters of the opposition. Other human rights problems included police beatings and mistreatment of suspects, which sometimes resulted in death. Soldiers attacked civilians, and police in Zanzibar used torture, including beatings and floggings. Prison conditions remained harsh and life threatening. Arbitrary arrest and prolonged detention continued and the inefficient and corrupt judicial system often did not provide expeditious and fair trials ...

Since the 1995 election, police in Zanzibar, particularly on Pemba, have regularly detained, arrested and harassed CUF members, and suspected supporters. Despite orders from the Union Government's Inspector General of Police, officers in Zanzibar continue these activities ...

The Wairoba Commission found that pervasive corruption affected the judiciary from clerks to magistrates. Clerks took bribes to decide whether or not to open cases and to hide or misdirect the files of those accused of crimes. Magistrates often accept bribes to determine guilt or innocence, pass sentence, withdraw charges or decide appeals ...

There are reports of prisoners waiting several years for trial because they could not pay bribes to police and court officials. Authorities acknowledge that some cases have been pending since 1988. The Government initiated efforts as early as 1991 to highlight judicial corruption and increased its oversight ...

In the 2 years since the election, government security forces and CCM gangs harassed and intimidated CUF members on both of the two main Zanzibar islands, Pemba and

Ugunja. Because CUF won all 20 seats on Pemba, Pembans living on Ugunja were regarded as CUF supporters and as a result were harassed. CUF members accused police of detaining dozens of its members ... Safety is not ensured in Pemba, where security forces dispersed gatherings, intimidated and roughed up individuals ...”

39. In the Amnesty International Annual Report 1997, it was stated:

“Prisoners of conscience were among scores of government opponents arrested and briefly detained on the islands of Zanzibar and Pemba. Many were held without charge or trial; others faced criminal charges and were denied bail. Scores of political prisoners were tortured and ill-treated on the islands ...

Criminal charges such as sedition, vagrancy and involvement in acts of violence, often accompanied by the denial of bail for periods of two weeks or more, were also used as a method of intimidating government critics or opponents.”

40. In their 1998 report, Amnesty International stated:

“In December [1997], 14 possible prisoners of conscience on Zanzibar were charged with treason and refused bail. The men, supporters of the CUF, were arrested and initially charged with sedition in November and December, during the week the CUF won a by-election to the Zanzibar House of Representatives.”

41. On 8 July 1998 Amnesty International issued a press release expressing concern that the vice-chairperson of the CUF might be arrested on a fabricated treason charge. In Tanzania it noted treason carried a mandatory death penalty. On 24 July 1998 Amnesty called for the immediate release of eighteen leading CUF members or supporters, most of them imprisoned since November 1997 on fabricated treason charges. It expressed concern about their deteriorating health and a denial of adequate medical treatment.

42. The 1998 US State Department report on Tanzania noted that serious problems remained in that government’s human rights record.

“... the police regularly threaten, mistreat or beat suspected criminals during and after their apprehension and interrogation. Police also use the same means to obtain information about suspects from family members not in custody ... Police in Zanzibar use torture ... Repeated reports from credible sources indicate that the police use torture, including beatings and floggings in Zanzibar, notably on Pemba Island. Both the Zanzibar and Union Governments have denied these charges. Police have not yet explained the deaths of six detainees in the town of Morogoro who were electrocuted at the end of 1997 ...

Prison conditions remained harsh and life-threatening. Government officials acknowledge that prisons are overcrowded and living conditions are poor. Prisons are authorised to hold 21,000 persons but the actual prison population is estimated at 47,000 ... The daily amount of food allotted to prisoners is insufficient to meet their nutritional needs and even this amount is not always provided ... Earlier the Commissioner of Prisons stated that his department received inadequate funds for medicine and medical supplies. Prison dispensaries only offer limited treatment, and friends and family members of prisoners generally must provide medication or the funds with which to purchase it. Serious diseases, such as dysentery, malaria and

cholera are common and result in numerous deaths. Guards continued to beat and abuse prisoners.

... There were no reports of political prisoners on the mainland. At the year's end, there were 18 political prisoners in Zanzibar."

43. The report noted that in January 1998 the police had searched the offices of the CUF party in Tanzania and removed files. In the three years since the election in 1995, government security forces and CCM gangs harassed and intimidated CUF members on both the main Zanzibar islands of Pemba and Ugunja.

44. The Amnesty International 1999 Report for Tanzania stated that:

"Eighteen prisoners of conscience, including three arrested during the year, were facing trial for treason on the island of Zanzibar, an offence that carries the death penalty. Scores of other opposition supporters in Zanzibar were imprisoned for short periods; some were possible prisoners of conscience. More than 300 demonstrators arrested on the mainland in the capital Dar es Salaam were held for several weeks and reportedly tortured. Conditions in some prisons were harsh ..."

The eighteen prisoners, CUF members, included fifteen arrested in 1997 and three arrested in Zanzibar in May 1998, and many had reportedly fallen ill due to a denial of access to medical treatment. According to the report, the conditions in some mainland prisons amounted to cruel, inhuman and degrading treatment, which in the case of Mbeya Prison led to forty-seven deaths in the first half of the year.

45. In its press release of 27 January 2000 Amnesty International, reporting on the imminent trial of the eighteen CUF members, referred to them "as prisoners of conscience who are imprisoned solely on account of their non-violent opinions and peaceful political activities". It described how between the 1995 and the 1998 elections, numerous CUF supporters had been arrested on trumped-up criminal charges, tortured in custody and imprisoned. On more recent events, it commented:

"Following lengthy attempts by the Secretary General of the Commonwealth and the United Nations Secretary General to settle the political crisis in Zanzibar, an agreement was finally reached between the CCM and CUF in April 1999. Far-reaching reforms for democratisation, human rights and fair elections were set out in the Commonwealth Agreement, but few have yet been implemented. Although the CUF is allowed to operate more freely, the Zanzibar government continues to press ahead with the trial, intent on convictions and death sentences."

46. In the 1999 US State Department report on Tanzania, issued on 25 February 2000, it was reported, *inter alia*, that the authorities had been responsible for a number of extrajudicial killings and that several prisoners had died as a result of harsh prison conditions, including inadequate nutrition, medical care and sanitation:

"... the police regularly threaten, mistreat or occasionally beat suspected criminals during and after their apprehension and interrogation ... Repeated reports indicate

that the police use torture, including beatings and floggings, in Zanzibar, notably on Pemba island.”

The situation in Zanzibar was less favourable in a number of respects. It was stated that, except in Zanzibar, Tanzanian citizens generally enjoyed the right to discuss political alternatives freely and opposition party members openly criticised the government, although the government had used the provision prohibiting “abusive language” against the leadership to detain some opposition figures. Opposition parties had generally been more able to hold rallies, although CUF meetings in Zanzibar had been far more restricted than those of other parties. Police continued to break up meetings attended by persons thought to be opposed to the Zanzibar government. In Pemba the security forces broke up gatherings and intimidated opposition party officials and the government continued to arrest opposition politicians for holding meetings.

“In the four years since the election, government security forces and CCM gangs harassed and intimidated CUF members on both main Zanzibar islands, Pemba and Ugunja ... The CUF accused police of detaining dozens of its members including several local leaders ... citizen’s safety is not assured in Pemba, where security forces dispersed gatherings and intimidated persons ... Almost all international donors have suspended direct assistance to Zanzibar in response to the authorities’ human rights abuses. Under pressure from the international community, the ruling CCM party and the main opposition party, the CUF, signed a political agreement in June to make the political process in Zanzibar fairer; however the provisions of the agreement were not fully implemented by the year’s end and observers believe that the Government did not act in good faith in the period following the signing of the agreement.”

#### IV. REPORTS ON THE SITUATION IN TANZANIA PROVIDED BY THE PARTIES

47. In a letter dated 8 April 1998 the British High Commission in Dar es Salaam commented that there were concerns about the situation in Zanzibar but that on the mainland there had been no evidence of political killings, disappearances or politically motivated arrests. There were more general human rights problems, such as arbitrary detentions and poor penal conditions, which were systemic and not related to political activity.

48. In a letter dated 25 May 1998 Michael Hodd of the University of Westminster commented that there was evidence of human rights violations in Zanzibar, including a list of sixty-six missing persons. Although there was a good human rights record in mainland Tanzania, it was possible for the Zanzibar government to demand extradition, which had been successful in the case of Abdallah Kassim Hanga, whom a well-informed source reported as having been beheaded.

49. According to a report dated 16 March 1999 obtained by the applicant, Professor Parkin, professor of social anthropology at All Souls College, Oxford, an expert on Uganda, Kenya and Tanzania, stated that while there was less likelihood of persecution in mainland Tanzania than on Zanzibar, he observed a deteriorating situation also affecting the mainland. He referred to particular members of the Zanzibari CCM visiting the mainland and harassing and persecuting CUF dissidents who had taken refuge there. The Zanzibari CUF leader was living in Dar es Salaam but only ever moved out of his flat surrounded by CUF party aides able to protect him.

## THE LAW

### I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 3 OF THE CONVENTION

50. The applicant complained that he would be placed at risk of torture or inhuman or degrading treatment contrary to Article 3 if he were expelled from the United Kingdom to Tanzania.

51. Article 3 of the Convention provides:

“No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment.”

#### A. The parties' submissions

##### 1. *The applicant*

52. The applicant submitted that he faced a real and immediate risk of ill-treatment if he were to be returned to Tanzania. He had been badly treated in detention before he left, suffering ill-treatment which included being kept in a room full of cold water. His feet were tied together and he was hung upside down, until he bled through the nose. His brother had also died on being released from detention, in circumstances in which it can properly be deduced that this resulted from his ill-treatment in detention. Both he and his brother had been detained on account of their involvement with the CUF. The reports on the situation in Tanzania showed that there was still active persecution of CUF members, that the government's human rights record remained poor, that police committed extra-judicial killings and mistreated suspects, that throughout the country prison conditions remained harsh and life-threatening, and that arbitrary and prolonged detentions remained a problem.

53. The applicant submitted that the Tanzanian authorities continued to demonstrate an active interest in his whereabouts, as shown by the police summons which indicated disapproval of the fact that he had



claimed asylum in the United Kingdom. This was further substantiated by the experiences of his wife, who stated that on 12 February 1999 the police had come to her house enquiring if he had returned to Zanzibar.

54. The applicant disputed the Government's arguments that his account of events lacked credibility. In particular, the reason that he did not give details of the ill-treatment suffered at the first interview with an immigration officer was that he understood that it was only to draw a rough outline. No inference could be drawn from his failure to mention specific details. He had been consistent in his account of torture since and had provided independent and verified evidence of his ill-treatment, corroborating his account. He disputed that there was any sustainable option of "internal flight" as he was still at risk of ill-treatment in mainland Tanzania. He referred to the decisions of special adjudicators in other cases which had also rejected this possibility for even low-level CUF members. There would in any event be the possibility that Zanzibar would demand his extradition from the mainland.

55. The applicant in addition argued that Article 3 imposed a positive obligation on the respondent State to investigate properly, in the light of all the evidence, his assertion that he would be exposed to a real risk of treatment contrary to Article 3 if removed to Tanzania.

## *2. The Government*

56. The Government submitted that there were significant factual inconsistencies in the applicant's account and that he had been found to lack credibility by the special adjudicator. This cast overwhelming doubt upon the applicant's claim that he had been tortured. For example, the applicant was asked directly by the immigration officer at the first interview on 9 February 1995 to identify the basis of his asylum claim in response to which he did not refer to being tortured during detention. He did not mention torture until over a month later. His explanation for this – that the officer failed to record his answer or that the interpreter did not translate it – was rejected by the adjudicator, who had the opportunity to evaluate the applicant's oral evidence and demeanour. His accounts also showed a confusion relating to the date of his brother's detention and there was no support in the death certificate for the assertion that his brother had been tortured.

57. The Government rejected the applicant's claim that he would be at risk of ill-treatment if he were returned to Tanzania. They pointed to his low level of involvement in the CUF, the absence of any evidence to suggest that the authorities had shown any interest in him, his family or friends since November 1995, and to the fact that he would not be at risk in mainland Tanzania, which had a good human rights record. They submitted that it was clear from the documentation, such as the

Amnesty International press release of 24 July 1998, that an individual with minor CUF involvement would face no significant difficulties in mainland Tanzania. There was no evidence that the Tanzanian authorities would return the applicant to Zanzibar or that he would be detained as a person wanted by the authorities for the offence of bringing the country into disrepute. There was only one recorded incident of extradition to Zanzibar and no indication that grounds existed for the applicant to be so removed. In addition, there was no evidence to support the contention that the authorities were aware that the applicant was in the United Kingdom. While the applicant stated that a summons was issued following the interception of a letter from his parents, it may be noted that the summons was dated 25 November 1995 and the letter posted on 27 November 1995.

58. They submitted that there was therefore no basis on which to infer that the applicant was of interest to the Zanzibar or mainland authorities. Accordingly, his expulsion would not violate Article 3 of the Convention.

#### **B. The Court's assessment**

59. The Court recalls at the outset that Contracting States have the right, as a matter of well-established international law and subject to their treaty obligations including the Convention, to control the entry, residence and expulsion of aliens. However, in exercising their right to expel such aliens, Contracting States must have regard to Article 3 of the Convention which enshrines one of the fundamental values of democratic societies. The expulsion of an alien may give rise to an issue under this provision where substantial grounds have been shown for believing that the person in question, if expelled, would face a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 in the receiving country. In such circumstances, Article 3 implies an obligation not to expel the individual to that country (see, for example, *Ahmed v. Austria*, judgement of 17 December 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-VI, p. 2206, §§ 38-39, and *Chahal v. the United Kingdom*, judgement of 15 November 1996, *Reports* 1996-V, p. 1853, §§ 73-74).

60. In determining whether it has been shown that the applicant runs a real risk, if deported to Tanzania, of suffering treatment proscribed by Article 3, the Court will assess the issue in the light of all the material placed before it, or, if necessary, material obtained *proprio motu* (see the following judgments: *Vilvarajah and Others v. the United Kingdom*, 30 October 1991, Series A no. 215, p. 36, § 107, and *H.L.R. v. France*, 29 April 1997, *Reports* 1997-III, p. 758, § 37). Ill-treatment must also attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3, which assessment is relative, depending on all the circumstances of the case.

61. The Court recalls that the applicant arrived in the United Kingdom from Tanzania on 9 February 1995, where he claimed asylum. In the domestic procedures concerning his asylum application, his claim was based on his membership of the CUF, an opposition party in Tanzania, and the fact that he had been detained and tortured in Zanzibar prior to his departure. He also claimed that his brother had been detained and had died due to ill-treatment and that the authorities were accusing him of tarnishing Tanzania's good name, increasing the risk that he would be detained and ill-treated on his return.

62. The Government have urged the Court to be cautious in taking a different view of the applicant's claims than the special adjudicator who heard him give evidence and found him lacking in credibility. The Court notes however that the special adjudicator's decision relied, *inter alia*, on a lack of substantiating evidence. Since that decision, the applicant has produced further documentation. Furthermore, while this material was looked at by the Secretary of State and by the courts in the judicial review proceedings, they did not reach any findings of fact in that regard but arrived at their decisions on a different basis – namely, that even if the allegations were true, the applicant could live safely in mainland Tanzania (the “internal flight” solution).

63. The Court has examined the materials provided by the applicant and the assessment of them by the various domestic authorities. It finds no basis to reject them as forged or fabricated. The applicant has provided an opinion from the professor of social anthropology at All Souls College, Oxford, that they are genuine. Though the Government have expressed doubts on the authenticity of the medical report, they have not provided any evidence to substantiate these doubts or to contradict the opinion provided by the applicant. Nor did they provide an opportunity for the report and the way in which the applicant obtained it to be tested in a procedure before the special adjudicator.

64. The Court accepts that the applicant was arrested and detained because he was a member of the CUF opposition party and had provided them with financial support. It also finds that he was ill-treated during that detention by, *inter alia*, being suspended upside down, which caused him severe haemorrhaging through the nose. In the light of the medical record of the hospital which treated him, the apparent failure of the applicant to mention torture at his first immigration interview becomes less significant and his explanation to the special adjudicator – that he did not think he had to give all the details until the full interview a month later – becomes far less incredible. While it is correct that the medical notes and death certificate of his brother do not indicate that torture or ill-treatment was a contributory factor in his death, they did give further corroboration to the applicant's account which the special adjudicator had found so lacking in substantiation. They showed that his

brother, who was also a CUF supporter, had been detained in prison and that he had been taken from the prison to hospital, where he died. This is not inconsistent with the applicant's allegation that his brother had been ill-treated in prison.

65. The question remains whether, having sought asylum abroad, the applicant is at risk of ill-treatment if he returns home. The Government have queried the authenticity of the police summons, pointing out that it was dated 25 November 1995, while the package to his parents intercepted by the authorities was sent on 27 November 1995. It may be observed however that the special adjudicator's summary of the applicant's evidence referred to his claim that his parents had not been receiving any of his letters. Nevertheless, his only proof of postage related to a registered package with money concerning which he had entered into correspondence with the Royal Mail. He provided this correspondence to prove that his mail had been interfered with; it does not appear from the documents that he claimed that it was from interception of this particular item that the police first knew that he was in the United Kingdom. His account is therefore not inconsistent on this point.

66. The Court recalls that the applicant's wife, who has now also claimed asylum in the United Kingdom, informed the immigration officer in her interview that the police came to her house on a number of occasions looking for her husband and making threats. This is consistent with the information provided about the situation in Pemba and Zanzibar, where CUF members have in the past suffered serious harassment, arbitrary detention, torture and ill-treatment by the authorities (see paragraphs 38-46 above). This involves ordinary members of the CUF and not only its leaders or high-profile activists. The situation has improved to some extent, but the latest reports cast doubt on the seriousness of reform efforts and refer to continued problems faced by CUF members (see paragraph 46 above). The Court concludes that the applicant would be at risk of being arrested and detained and of suffering a recurrence of ill-treatment if returned to Zanzibar.

67. The Government relied on the "internal flight" option, arguing that even assuming that the applicant was at risk in Zanzibar, the situation in mainland Tanzania was more secure. The documents provided by the parties indicate that human rights infringements were more prevalent in Zanzibar and that CUF members there suffered more serious persecution (see paragraphs 47-49 above). It nonetheless appears that the situation in mainland Tanzania is far from satisfactory and discloses a long-term, endemic situation of human rights problems. Reports refer in general terms to police in Tanzania ill-treating and beating detainees (see paragraph 46 above) and to members of the Zanzibari CCM visiting the mainland to harass CUF supporters sheltering there (see paragraph 49 above). Conditions in the prisons on

the mainland are described as inhuman and degrading, with inadequate food and medical treatment leading to life-threatening conditions (see paragraphs 44 and 46 above). The police in mainland Tanzania may be regarded as linked institutionally to the police in Zanzibar as part of the Union and cannot be relied on as a safeguard against arbitrary action (see *Chahal*, cited above, p. 1861, § 104, where the applicant, of Sikh origin, was at particular risk of ill-treatment within the Punjab province but could not be considered as safe elsewhere in India as the police in other areas were also reported to be involved in serious human rights violations). There is also the possibility of extradition between Tanzania and Zanzibar (see the special adjudicator's decision cited at paragraph 33 and the report cited at paragraph 49 above).

68. The Court is not persuaded, therefore, that the “internal flight” option offers a reliable guarantee against the risk of ill-treatment. It concludes that the applicant's deportation to Tanzania would breach Article 3 as he would face a serious risk of being subjected to torture or inhuman or degrading treatment there.

69. The applicant's complaints concerning the remedies available to him in respect of the breach of Article 3 fall, in the circumstances of this case, to be examined under Article 13 of the Convention (see *Ilhan v. Turkey* [GC], no. 22277/93, ECHR 2000-VII).

## II. ALLEGED VIOLATIONS OF ARTICLES 6 AND 8 OF THE CONVENTION

70. The applicant relied on Article 6 (right to a fair trial) and Article 8 (right to respect for private life), alleging that the expulsion to Tanzania would place him at risk of arbitrary and unfair criminal proceedings if he was arrested, and would threaten his physical and moral integrity.

71. In the light of its conclusion above, the Court finds that no separate issue arises under these provisions.

## III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 13 OF THE CONVENTION

72. The applicant complained that he did not have an effective remedy against the proposed expulsion. He relied on Article 13 of the Convention, which provides:

“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 parties' submissions**

73. The applicant submitted that he had no effective remedy available to him by which he could challenge the decision of the Secretary of State to deport him to Tanzania. He obtained the supporting documentation for his claims after the hearing before the independent adjudicator. However, the Secretary of State took the view that this material was irrelevant and refused to accede to the applicant's request that the documents be made available to the adjudicator to examine whether it altered his view. The application for judicial review did not, in his view, provide an opportunity to have his claim assessed by an independent judicial body on the basis of all the evidence. The application only challenged the decision not to refer the material back to the adjudicator. Neither the High Court nor the Court of Appeal undertook any form of review of the claim in the light of all the evidence, assessing neither his veracity nor the risks existing if he were returned. The courts' review was limited in its scope to an examination of the rationality of the decision and the question whether the refusal was so unreasonable that no reasonable Secretary of State could have reached it. The test of irrationality was extremely high. He argued, however, that where evidence was *prima facie* genuine and went to the heart of his claim, he should have had the opportunity to have the risks reviewed in the light of that evidence. This inability to determine the substance of his Convention complaint deprived the procedure of effectiveness for the purposes of Article 13 of the Convention.

74. The Government submitted that judicial review furnished an effective remedy, and referred to previous findings of the Court to that effect in expulsion cases (see, for example, *Vilvarajah and Others*, cited above, pp. 39-40, §§ 123-25; *D. v. the United Kingdom*, judgment of 2 May 1997, *Reports* 1997-III; and *T.I. v. the United Kingdom* (dec.), no. 43844/98, ECHR 2000-III). The domestic case-law demonstrated that the courts considered carefully the evidence before them in such cases. While the domestic court would not form its own independent view of the facts which would then necessarily prevail over whatever view had been formed by the Secretary of State, it was clear that in cases involving extradition and expulsion the domestic court would conduct a thorough examination of the available evidence and, if appropriate, would not be slow in forming, or reluctant to form, the view that the Secretary of State's decision was unlawful and should be set aside.

### **B. The Court's assessment**

75. The Court reiterates that Article 13 of the Convention guarantees the availability at the national level of a remedy to enforce the substance

of the Convention rights and freedoms in whatever form they might happen to be secured in the domestic legal order. The effect of Article 13 is thus to require the provision of a domestic remedy to deal with the substance of an “arguable complaint” under the Convention and to grant appropriate relief, although Contracting States are afforded some discretion as to the manner in which they conform to their Convention obligations under this provision. The scope of the obligation under Article 13 varies depending on the nature of the applicant’s complaint under the Convention. Nevertheless, the remedy required by Article 13 must be “effective” in practice as well as in law. In particular, its exercise must not be unjustifiably hindered by the acts or omissions of the authorities of the respondent State (see the following judgments: *Aksoy v. Turkey*, 18 December 1996, *Reports* 1996-VI, p. 2286, § 95; *Aydan v. Turkey*, 25 September 1997, *Reports* 1997-VI, pp. 1895-96, § 103; and *Kaya v. Turkey*, 19 February 1998, *Reports* 1998-I, pp. 329-30, § 106).

76. On the basis of the evidence adduced in the present case, the Court finds that the applicant’s claim that he risked inhuman or degrading treatment contrary to Article 3 of the Convention if expelled to Tanzania is “arguable” for the purposes of Article 13 (see *Boyle and Rice v. the United Kingdom*, judgment of 27 April 1988, Series A no. 131, p. 23, § 52, and *Kaya*, cited above, p. 330, § 107). The Court has therefore examined whether he had available to him an effective remedy against the threatened expulsion.

77. In *Vilvarajah and Others* (cited above, p. 39, § 123) and *Soering v. the United Kingdom* (judgment of 7 July 1989, Series A no. 161, pp. 47-48, §§ 121-24), the Court considered judicial review proceedings to be an effective remedy in relation to the complaints raised under Article 3 in the contexts of deportation and extradition. It was satisfied that English courts could effectively control the legality of executive discretion on substantive and procedural grounds and quash decisions as appropriate. It was also accepted that a court effecting judicial review would have power to quash a decision to expel or deport an individual to a country where it was established that there was a serious risk of inhuman or degrading treatment, on the ground that in all the circumstances of the case the decision was one that no reasonable Secretary of State could take. This view was followed more recently in *D. v. the United Kingdom* (cited above, pp. 797-98, §§ 70-71).

78. While the applicant argued that in judicial review applications, the courts will not reach findings of fact for themselves on disputed issues, the Court is satisfied that the domestic courts give careful scrutiny to claims that an expulsion would expose an applicant to the risk of inhuman or degrading treatment. The Court is not convinced that the fact that this scrutiny takes place against the background of the criteria applied in judicial review of administrative decisions, namely, rationality and perverseness, deprives the procedure of its effectiveness. The substance of

the applicant's complaint was examined by the Court of Appeal, and it had the power to afford him the relief he sought. The fact that it did not do so is not a material consideration since the effectiveness of a remedy for the purposes of Article 13 does not depend on the certainty of a favourable outcome for the applicant (see *Vilvarajah and Others*, cited above, p. 39, § 122).

79. The Court concludes, therefore, that the applicant had available to him an effective remedy in relation to his complaints under Article 3 of the Convention concerning the risk of ill-treatment on expulsion to Tanzania. Accordingly, there has been no breach of Article 13.

#### IV. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

80. 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**

81. The applicant claimed the sum of 2,000 pounds sterling (GBP) in respect of non-pecuniary damage for the failure to investigate properly the risks on return to Tanzania in violation of Article 3 of the Convention and the failure to provide an effective remedy.

82. The Government submitted that no award of damages was appropriate in the circumstances.

83. The Court recalls that it has found no procedural violations concerning the alleged lack of investigation. As regards its finding of a violation of Article 3 – that the proposed expulsion to Tanzania would place the applicant at risk of ill-treatment contrary to this provision – the Court considers that the finding of a violation constitutes sufficient just satisfaction for any non-pecuniary damage sustained.

##### **B. Costs and expenses**

84. The applicant claimed a total of GBP 12,583.87, exclusive of value-added tax (VAT), for legal costs and expenses. This sum included a sum of GBP 5,000 for counsel's advice, GBP 280 for an expert report and GBP 6,935.63 for solicitors' fees in preparing and submitting the Rule 39 request, the application and two sets of observations.

85. The Government considered that the amounts claimed were excessive, in particular regarding the claim of eighty-seven hours' work



for counsel and the hourly rate claimed by the solicitor. They proposed the figure of GBP 7,000 as being appropriate.

86. The Court finds that the sums claimed are reasonable. It awards the amount claimed in full, together with any VAT that may be chargeable, less the 5,100 French francs received by way of legal aid from the Council of Europe.

### **C. Default interest**

87. 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. *Holds* that the expulsion of the applicant to Tanzania would violate Article 3 of the Convention;
2. *Holds* that no separate issues arise under Articles 6 and 8 of the Convention;
3. *Holds* that there has been no violation of Article 13 of the Convention;
4. *Holds* that the finding of a violation constitutes in itself sufficient just satisfaction for any non-pecuniary damage sustained by the applicant;
5. *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, for costs and expenses, GBP 12,583.87 (twelve thousand five hundred and eighty-three pounds sterling eighty-seven pence), together with any value-added tax that may be chargeable, less FRF 5,100 (five thousand one hundred French francs) to be converted into pounds sterling at the exchange rate applicable at the date of delivery of the 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;
6. *Dismisses* the remainder of the applicant's claim for just satisfaction.

Done in English, and notified in writing on 6 March 2001, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

S. DOLLÉ  
Registrar

J.-P. COSTA  
President



HILAL c. ROYAUME-UNI  
*(Requête n° 45276/99)*

TROISIÈME SECTION

ARRÊT DU 6 MARS 2001<sup>1</sup>

---

1. Traduction ; original anglais.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Menace de renvoi vers la Tanzanie d'un demandeur d'asile****Article 3**

*Expulsion – Menace de renvoi vers la Tanzanie d'un demandeur d'asile – Risque d'exposer l'intéressé à des mauvais traitements – Preuves de mauvais traitements subis antérieurement – Possibilité d'un renvoi vers une autre partie du pays de destination – Option de la « fuite interne » – Preuves produites devant la Cour – Situation endémique de violation des droits de l'homme dans le pays de destination – Liens institutionnels entre les forces de police dans le pays de destination*

**Article 13**

*Recours effectif – Contrôle juridictionnel de la décision d'expulsion – Portée du contrôle juridictionnel*

\*  
\*   \*  
\*

Le requérant est né à Zanzibar, territoire qui fait partie de la République-Unie de Tanzanie mais jouit d'une autonomie considérable. En 1992, il rallia le Front civique uni (CUF), parti d'opposition à Zanzibar. Il en devint un militant actif, participant aux réunions et versant des cotisations. En août 1994, il fut arrêté par des agents du parti au pouvoir à cause de ses liens avec le CUF. Il fut détenu pendant trois mois, au cours desquels il subit des sévices. Après sa libération, la police se rendit chez lui pour l'interpeller alors qu'il était sorti. Craignant pour sa sécurité, il décida alors de quitter la Tanzanie. Il gagna le Royaume-Uni, où il sollicita l'asile. Lors de son premier entretien avec les services de l'immigration, il se borna à déclarer qu'il craignait pour sa vie à Zanzibar. Lors de l'entretien suivant, il parla de la détention et des mauvais traitements subis par lui et signala la détention et la mort subséquente de son frère. Le ministre lui refusa l'asile, estimant que son récit était peu plausible. Le requérant forma un recours auprès d'un juge spécial, qui le débouta. Dans sa décision, le magistrat releva des incohérences entre la déposition que le requérant avait faite devant lui et les réponses qu'il avait données lors de ses entretiens au sujet de ses demandes d'asile. Il nota également que l'intéressé n'avait pas produit de preuves documentaires. L'autorisation d'interjeter appel fut refusée au requérant. Celui-ci obtint ultérieurement une copie du certificat de décès de son frère, un rapport médical attestant que ce dernier était décédé après avoir été hospitalisé à sa sortie de prison et une convocation que la police avait adressée à ses parents afin d'obtenir des explications sur son comportement illégal. Le ministre estima que ladite convocation, à laquelle le requérant cherchait selon lui à faire attribuer une portée conforme à ses intérêts du moment, n'était pas significative, tandis que le certificat de décès ne prouvait pas que le frère du requérant eût été tué par les autorités. Réexaminant la demande d'asile initiale en

---

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

tenant compte de l'ensemble des preuves disponibles, le ministre refusa de revenir sur sa décision. Il examina ultérieurement de nouveaux éléments produits par le requérant à l'appui de son allégation selon laquelle il avait subi des mauvais traitements mais refusa derechef de revenir sur sa décision de ne pas accorder l'asile. Il refusa par ailleurs de communiquer les éléments en question au juge spécial. Le requérant sollicita l'autorisation de demander un contrôle juridictionnel de cette dernière décision. Se fondant sur une lettre émanant de la Haute Commission britannique en Tanzanie datée d'avril 1998, le ministre fit valoir que les nouveaux éléments n'étaient pas pertinents puisque le requérant pouvait vivre en toute sécurité sur la partie continentale de la Tanzanie. La *High Court* puis la Cour d'appel rejetèrent la demande d'autorisation de solliciter un contrôle juridictionnel introduite par le requérant. Celui-ci fut avisé qu'il allait être renvoyé à Zanzibar en janvier 1999. En février 1999, son épouse arriva au Royaume-Uni où elle sollicita l'asile, alléguant qu'elle avait été harcelée par la police à cause des liens de son mari avec le CUF. Elle affirma que la police s'était rendue à son domicile pour lui demander si son mari était revenu à Zanzibar et que les policiers l'avait menacée de l'arrêter elle à la place de son mari.

1. Article 3: pour déterminer s'il y a des motifs sérieux et avérés de croire à un risque réel de traitements incompatibles avec l'article 3, la Cour s'appuie sur l'ensemble des éléments qu'on lui fournit ou, au besoin, qu'elle se procure d'office. En ce qui concerne le constat du juge spécial aux termes duquel la version du requérant manquait de crédibilité, cette conclusion se fondait notamment sur l'absence de preuves propres à étayer la thèse de l'intéressé. Or celui-ci a produit ultérieurement de nouveaux documents. Si le ministre et les juridictions internes ont examiné ces documents, ils n'ont tiré aucune conclusion factuelle à leur égard mais ont statué sur une base différente, estimant qu'à supposer même que les allégations en cause fussent vraies, le requérant pouvait vivre en sécurité sur la partie continentale de la Tanzanie. Après avoir examiné les documents fournis par le requérant ainsi que l'appréciation qu'en ont faite les autorités internes, la Cour conclut à l'absence de raisons de considérer qu'ils ont été falsifiés ou fabriqués. Si le Gouvernement a émis des doutes sur l'authenticité du rapport médical, il n'a produit aucune preuve de nature à étayer ses doutes ou à contredire l'avis soumis par le requérant. De même, il n'a pas fourni l'occasion de faire contrôler, dans le cadre de la procédure devant le juge spécial, ledit rapport et la manière dont le requérant l'a obtenu. La Cour admet que le requérant a été arrêté et détenu au motif qu'il était membre du parti d'opposition CUF et qu'il a été maltraité pendant sa détention. Quant à savoir si le requérant court le risque de subir des mauvais traitements s'il rentre chez lui, son épouse a déclaré aux services de l'immigration que la police s'était rendue chez elle à plusieurs reprises pour interpellier son mari et avait formulé des menaces. Cette allégation se concilie avec les informations fournies au sujet de la situation qui règne à Zanzibar, où des membres du CUF ont fait l'objet par le passé d'un harcèlement soutenu, de détentions arbitraires, de tortures et de mauvais traitements. En ce qui concerne l'argument du Gouvernement selon lequel la situation sur la partie continentale de la Tanzanie est moins périlleuse, il apparaît que l'état des choses là-bas est loin d'être satisfaisant et révèle un problème endémique de violation des droits de l'homme qui dure depuis longtemps. De plus, la police sur la partie continentale

de la Tanzanie peut être considérée comme liée institutionnellement à la police de Zanzibar et ne peut être regardée comme une garantie contre les agissements arbitraires. Il faut également tenir compte de la possibilité qui existe de procéder à des extraditions entre la Tanzanie et Zanzibar. Aussi l'option de la « fuite interne » n'offre-t-elle pas une garantie fiable contre le risque de mauvais traitements. En conclusion, le renvoi du requérant en Tanzanie serait contraire à l'article 3 en tant qu'il exposerait l'intéressé à un risque sérieux d'être soumis dans ce pays à la torture ou à des traitements inhumains ou dégradants.

*Conclusion* : violation (unanimité).

2. Articles 6 et 8 : à la lumière de sa conclusion ci-dessus, la Cour juge, à l'unanimité, qu'aucune question distincte ne se pose sur le terrain de ces dispositions.

3. Article 13 : dans des affaires antérieures, la Cour a jugé qu'une procédure de contrôle juridictionnel constitue un recours effectif pour faire état de griefs fondés sur l'article 3 en matière d'expulsion ou d'extradition. Elle a estimé que les juridictions anglaises pouvaient effectivement contrôler la légalité tant matérielle que procédurale des décisions prises par l'exécutif dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire et qu'elles avaient la faculté, le cas échéant, d'annuler les décisions. Une juridiction se livrant à pareil contrôle juridictionnel aurait compétence pour annuler une décision d'expulser un individu vers un pays s'il était établi que l'intéressé y serait exposé à un risque sérieux de subir des traitements inhumains et dégradants au motif qu'au vu de l'ensemble des circonstances de la cause la décision n'aurait jamais été prise par un ministre raisonnable. Par ailleurs, les tribunaux internes examinent soigneusement les allégations selon lesquelles une expulsion exposerait le demandeur à un risque de subir des traitements inhumains et dégradants. La Cour n'est pas convaincue que la procédure soit privée de son effectivité du fait que le contrôle s'effectue à l'aune de critères – irrationalité et arbitraire – appliqués en matière de contrôle juridictionnel de décisions administratives. La substance du grief du requérant a été examinée par la Cour d'appel, qui avait le pouvoir d'accorder à l'intéressé ce qu'il sollicitait. Le fait que la Cour d'appel n'ait pas accueilli la demande est dénué de pertinence, car le caractère effectif d'un recours aux fins de l'article 13 ne dépend pas de la certitude d'une issue favorable pour le demandeur.

*Conclusion* : non-violation (unanimité).

Article 41 : la Cour alloue au requérant une somme couvrant ses frais et dépens.

### Jurisprudence citée par la Cour

*Boyle et Rice c. Royaume-Uni*, arrêt du 27 avril 1988, série A n° 131

*Soering c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 1989, série A n° 161

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

*Chahal c. Royaume-Uni*, arrêt du 15 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V

*Ahmed c. Autriche*, arrêt du 17 décembre 1996, *Recueil* 1996-VI

*Aksoy c. Turquie*, arrêt du 18 décembre 1996, *Recueil* 1996-VI

*H.L.R. c. France*, arrêt du 29 avril 1997, *Recueil* 1997-III

*D. c. Royaume-Uni*, arrêt du 2 mai 1997, *Recueil* 1997-III

*Aydın c. Turquie*, arrêt du 25 septembre 1997, *Recueil* 1997-VI

*Kaya c. Turquie*, arrêt du 19 février 1998, *Recueil* 1998-I

*İhan c. Turquie* [GC], n° 22277/93, CEDH 2000-VII





**En l'affaire Hilal c. Royaume-Uni,**

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

MM. J.-P. COSTA, *président*,

W. FUHRMANN,

M<sup>me</sup> F. TULKENS,

M. K. JUNGWIERT,

Sir Nicolas BRATZA,

MM. K. TRAJA,

M. UGREKHELIDZE, *juges*,

et de M<sup>me</sup> S. DOLLÉ, *greffière de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 8 février 2000 et  
13 février 2001,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 45276/99) dirigée contre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et dont un ressortissant tanzanien, M. Said Mohammed Hilal («le requérant»), avait saisi la Cour le 5 janvier 1999 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales («la Convention»).

2. Le requérant, qui s'est vu accorder le bénéfice de l'assistance judiciaire, est représenté par le cabinet de *solicitors* Sen & Co. de Wembley. Le gouvernement britannique («le Gouvernement») est représenté par son agent, M<sup>me</sup> R. Mandal, du ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth.

3. M. Hilal alléguait dans sa requête que son expulsion vers la Tanzanie lui ferait courir le risque de subir des tortures ou des traitements inhumains ou dégradants et d'être jugé de façon inéquitable dans ce pays, où il ne disposerait d'aucun recours effectif pour faire valoir pareils griefs. Il invoquait les articles 3, 6, 8 et 13 de la Convention.

4. La requête a été attribuée à la troisième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement de la Cour). Au sein de ladite section a alors été constituée une chambre pour examiner l'affaire (articles 27 § 1 de la Convention et 26 § 1 du règlement).

5. Le président de la chambre puis la chambre elle-même ont décidé d'appliquer l'article 39 du règlement et de faire savoir au Gouvernement qu'il était souhaitable dans l'intérêt des parties et du bon déroulement de la procédure que le requérant ne fût pas expulsé vers la Tanzanie avant que n'intervînt la décision de la Cour.

6. Par une décision du 8 février 2000, la chambre a déclaré la requête recevable<sup>1</sup>.

7. Le requérant et le Gouvernement ont chacun déposé des observations sur le bien-fondé de la requête (article 59 § 1 du règlement). Après avoir consulté les parties, la chambre a décidé qu'il ne s'imposait pas de tenir une audience sur le fond en l'espèce (article 59 § 2 *in fine* du règlement).

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

8. Le requérant est né à Pemba, l'une des îles de Zanzibar, en 1968. Zanzibar est une partie de la République-Unie de Tanzanie. Elle a ses propres président, parlement et gouvernement et jouit d'une autonomie considérable.

9. Le requérant affirme qu'en 1992 il rallia le Front civique uni (*Civic United Front* – «le CUF»), parti d'opposition à Zanzibar. Il en devint un militant actif, participant aux réunions et versant des cotisations. En août 1994, il fut arrêté par des agents du Chama Cha Mapinduzi («le CCM»), le parti au pouvoir, à cause de ses liens avec le CUF. Il fut détenu pendant trois mois et torturé au poste de police de Madema, à Zanzibar. On l'aurait à différentes reprises enfermé dans une cellule pleine d'eau froide, de manière à ce qu'il ne pût s'allonger par terre, on l'aurait suspendu par les pieds jusqu'à lui provoquer des hémorragies nasales et on lui aurait administré des décharges électriques.

10. En novembre 1994, on l'aurait relâché à la suite de pressions exercées sur le gouvernement tanzanien par des dirigeants du CUF. Il aurait été admis à l'hôpital, où un médecin aurait noté dans son dossier qu'il avait été victime d'hémorragies nasales sévères dues à des sévices et que sa vie avait été mise en danger.

11. Le requérant affirme que, placé en détention peu avant lui, son frère a lui aussi été maltraité et est décédé en janvier 1995 à l'hôpital où on l'avait emmené à sa sortie de prison.

12. Le requérant affirme qu'après sa libération il se borna à verser des cotisations au CUF. En janvier 1995, la police se rendit chez lui alors qu'il était sorti. Elle garda sa femme prisonnière pendant la nuit et interrogea ses amis. Craignant pour sa sécurité, il décida alors de fuir son domicile et de quitter la Tanzanie.

13. Le 9 février 1995, il arriva au Royaume-Uni, où il demanda l'asile. Un agent des services de l'immigration lui fit passer le même jour un

---

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

entretien sur la base d'un formulaire standardisé, lors duquel l'intéressé bénéficia de l'assistance d'un interprète. D'après le formulaire en question, l'entretien avait pour but de permettre à l'agent des services de l'immigration de consigner les renseignements initiaux relatifs à la demande d'asile. A la question de savoir pourquoi il sollicitait l'asile, le requérant aurait répondu : « A cause des problèmes dans le pays et pour ma sécurité. J'ai été beaucoup menacé par le parti au pouvoir et j'ai donc décidé de quitter le pays. » Le requérant affirme qu'il précisa qu'il était membre du CUF depuis 1992.

14. D'après le procès-verbal de l'entretien détaillé qu'il dut passer le 15 mars 1995 en rapport avec sa demande d'asile, le requérant déclara qu'étant homme d'affaires il n'avait eu aucun problème pour obtenir un passeport et qu'il avait organisé lui-même son transfert au Royaume-Uni. Lorsqu'on lui demanda sur quoi il fondait sa demande d'asile, il répondit qu'il avait été emmené et détenu pendant trois mois, d'août à novembre 1994, au poste de police de Madema, où il avait été torturé. On l'avait enfermé dans une pièce au plafond très bas dans laquelle il ne pouvait pas se tenir debout, puis on l'avait maintenu pendant un jour et demi dans une pièce où il avait de l'eau jusqu'à la poitrine, ce qui l'empêchait de s'allonger par terre. Deux fois par semaine, on lui faisait quitter puis regagner cette pièce. Quelques jours avant d'être relâché, il avait été suspendu par les pieds et on lui avait administré des décharges électriques. Il avait été arrêté parce qu'il versait de l'argent au CUF. On lui déclara qu'on le relâchait parce que les dirigeants du CUF avaient fait des démarches auprès des autorités à Dar Es-Salaam. Après sa libération, il alla se faire soigner dans une clinique privée. Il produisit sa carte du CUF. Il en était un membre ordinaire, qui ne faisait que verser de l'argent. Il n'avait pas participé à la manifestation qui avait été autorisée. Il précisa que son frère avait été arrêté en janvier 1995 et était décédé à la suite de sa garde à vue; après avoir été passé à tabac, l'intéressé avait commencé à vomir du sang, de sorte que, le 20 janvier 1995, les autorités l'avaient relâché afin de le faire hospitaliser, car elles savaient qu'il allait mourir. Son oncle l'avait aidé à quitter le pays en lui faisant obtenir une autorisation de l'administration fiscale et un billet d'avion. C'est son oncle qui avait franchi les contrôles avec son billet à l'aéroport, et il avait pu ainsi monter à bord de l'avion.

15. Le 29 juin 1995, le ministre rejeta la demande d'asile, estimant que le récit du requérant était peu plausible, eu égard notamment aux incohérences qui avaient émaillé ses réponses. Le recours formé par le requérant devant un juge spécial (*Special Adjudicator*) fut rejeté le 8 novembre 1996. M. Hilal avait soutenu pendant la procédure que les autorités tanzaniennes interceptaient les lettres qu'il envoyait chez lui, qu'elles savaient qu'il avait sollicité l'asile et qu'elles avaient sommé ses parents de s'expliquer

«[A]u sujet de [leur] fils, qui [se trouvait] dans un pays étranger pour insulter le gouvernement (...) en place.»

Il produisit des lettres de la poste britannique concernant ses demandes d'explication au sujet de l'argent qui avait disparu d'un envoi recommandé daté du 27 novembre 1995 qu'il avait adressé à ses parents en Tanzanie.

16. Dans sa décision, le juge spécial releva des incohérences entre la déposition que le requérant avait faite devant lui et les réponses qu'il avait données lors de ses entretiens au sujet de sa demande d'asile. Il attribua beaucoup de poids au fait que l'intéressé n'avait parlé ni d'arrestation ni de torture lors de son premier entretien et n'ajouta pas foi à ses explications consistant à dire que l'agent des services de l'immigration lui avait déclaré qu'il n'était pas nécessaire de donner des détails à ce stade ou qu'il avait eu des problèmes avec les interprètes. Le juge nota également que les témoignages concernant l'arrestation de son frère étaient contradictoires et que le requérant n'avait pas produit de preuve documentaire telle un certificat de décès. Aussi n'admit-il pas que le frère du requérant eût été arrêté, torturé ou tué. Il observa également que le requérant n'avait fourni aucune preuve documentaire concernant son assertion selon laquelle les autorités de Zanzibar l'accusaient de salir la réputation de la Tanzanie, et il refusa donc d'y ajouter crédit. Considérant les preuves dans leur ensemble, il conclut qu'aucun motif sérieux pour le requérant de craindre d'être persécuté pour un motif prévu par la Convention n'avait été établi avec le degré de certitude requis.

17. Une autorisation d'interjeter appel devant la Commission de recours en matière d'immigration fut rejetée le 10 janvier 1997.

18. Le requérant finit par obtenir une copie du certificat de décès de son frère, ainsi qu'un rapport médical attestant que ce dernier était décédé le 20 janvier 1995 après avoir été hospitalisé à sa sortie de prison avec de graves douleurs à la poitrine et une atonie générale due à une fièvre. Il se procura également la convocation en date du 25 novembre 1995 que le quartier général de la police de Pemba avait adressée à ses parents afin d'obtenir des explications sur le comportement illégal du requérant, lequel embarrassait le gouvernement et le pays. Il fit parvenir au ministre des observations datées du 30 janvier 1997, fournissant des copies et demandant que sa lettre fût considérée comme une nouvelle demande d'asile.

19. Par une lettre datée du 4 février 1997, le ministre déclara estimer que la convocation émanant de la police, à laquelle le requérant cherchait à faire attribuer une portée conforme à ses intérêts du moment, n'était pas significative, tandis que le certificat de décès ne prouvait pas que le frère du requérant, qui était décédé des suites d'une fièvre, eût été tué par les autorités. Aussi le ministre avait-il décidé de ne pas considérer la lettre comme une nouvelle demande d'asile, mais de réexaminer la demande

d'asile initiale en tenant compte de l'ensemble des preuves disponibles. Sur cette base, il refusa de revenir sur sa décision.

20. Par une lettre datée du 4 février 1997, les représentants du requérant demandèrent à titre subsidiaire que les nouveaux éléments de preuve produits fussent transmis au juge spécial, en vertu de l'article 21 de la loi de 1971 sur l'immigration. Par une lettre datée du 5 février 1997, le ministre les informa qu'après avoir examiné la demande il avait décidé de ne pas communiquer lesdits éléments.

21. Par une lettre datée du 29 avril 1997, les représentants du requérant soumièrent au ministre un rapport médical concernant le traitement qui avait été réservé au requérant à la suite de sa détention à Zanzibar et demandèrent que les nouveaux éléments fussent soumis au juge spécial en vertu de l'article 21. Ils déposèrent de nouvelles observations le 26 mars 1998.

Daté du 8 novembre 1994, le rapport médical établi par un médecin de l'hôpital indique que le requérant avait souffert d'une hémorragie nasale sévère, qu'il s'agissait là d'un préjudice grave et qu'il avait été infligé par une pendaison la tête en bas.

22. Par une lettre datée du 23 avril 1998, le ministre informa le requérant qu'il avait examiné les nouveaux éléments mais que ceux-ci ne l'avaient pas amené à revenir sur sa décision de refuser l'asile. Il relevait que les documents devaient avoir été accessibles au requérant à l'époque de l'audience consacrée à son recours mais qu'ils n'avaient pas été produits, ce qui jetait un doute sur leur authenticité. A supposer toutefois que le certificat médical et la convocation émanant de la police fussent authentiques, le ministre n'apercevait rien qui pût empêcher le requérant de retourner vivre en toute sécurité et sans être harcelé sur la partie continentale de la Tanzanie. Il refusa de communiquer les éléments au titre de l'article 21.

23. Le requérant sollicita l'autorisation de demander un contrôle juridictionnel du refus du ministre de communiquer les éléments nouveaux au juge spécial. Il soumit une expertise confirmant l'authenticité des documents produits. Le ministre déclara que ceux-ci n'étaient pas pertinents, dès lors que le requérant pouvait vivre en toute sécurité sur la partie continentale de la Tanzanie. Il se fondait sur une lettre de la Haute Commission britannique en Tanzanie datée du 8 avril 1998 et dans laquelle il était dit que, d'une manière générale, rien n'attestait que des personnes fussent détenues pour des raisons politiques sur la partie continentale du pays, même s'il y avait « dans le domaine des droits de l'homme, des problèmes plus généraux, telles des détentions arbitraires et de très mauvaises conditions d'emprisonnement » sur le continent.

24. Le 1<sup>er</sup> juillet 1998, la demande d'autorisation fut rejetée par la *High Court*. Le juge Jowitt s'exprima comme suit :

«La décision du ministre consiste à dire que les choses ont changé et que, telles qu'elles se présentent actuellement, et indépendamment de la manière dont elles se présentaient en novembre 1996 et de ce qu'aurait dû être l'issue du recours examiné à l'époque, le requérant peut rentrer en toute sécurité dans son pays pourvu qu'il s'y installe sur la partie continentale. Après avoir lu la lettre [de la Haute Commission britannique], je n'aperçois aucun motif défendable de dire que le ministre a agi de manière déraisonnable au regard des critères *Wednesbury* en concluant que l'invocation de cet élément nouveau ne lui imposait pas de renvoyer la question au juge spécial. En conséquence, la requête doit être rejetée.»

25. Le requérant se pourvut devant la Cour d'appel, plaidant que le refus du ministre était injustifié en droit et déraisonnable selon les critères *Wednesbury* et qu'en soutenant qu'il pouvait vivre en toute sécurité sur le continent le ministre manquait à ses obligations internationales puisqu'il omettait de prendre en compte le cas particulier du requérant et les éléments fournis par lui.

26. Le 1<sup>er</sup> décembre 1998, la Cour d'appel refusa au requérant l'autorisation de solliciter un contrôle juridictionnel. Dans son arrêt, elle releva que le dossier de l'hôpital montrait que le frère du requérant était décédé des suites d'une fièvre et n'était pas le témoignage de M. Hilal selon lequel son frère avait été torturé. A supposer même que le rapport médical relatif au requérant et la convocation adressée à ses parents par la police fussent authentiques, rien ne donnait à penser que la conclusion du ministre selon laquelle le requérant pouvait vivre sur le continent sans être harcelé était erronée.

27. Le 23 décembre 1998, le requérant se vit notifier qu'il allait être renvoyé à Zanzibar le 11 janvier 1999.

28. Le 22 février 1999, son épouse arriva au Royaume-Uni, où elle demanda l'asile peu après. Selon le procès-verbal de son entretien, elle déclara avoir été harcelée par la police à cause des liens de son mari avec le CUF. Elle avait été détenue une journée en avril 1995 et interrogée sur l'endroit où se trouvait son mari. La police s'était rendue à son domicile le 12 février 1999 pour lui demander si son mari était revenu à Zanzibar, une rumeur ayant circulé aux termes de laquelle le Royaume-Uni avait renvoyé la plupart des demandeurs d'asile venant de Zanzibar. Furieux parce que le requérant avait sollicité l'asile et sali le nom du président, les policiers avaient menacé de l'arrêter, elle, à la place de son mari.

## II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

### A. La législation et les règles sur l'immigration

29. Les demandes d'asile sont examinées par le ministre de l'Intérieur, en vertu de l'article 328 des règles sur l'immigration et de l'article 3 de la loi de 1971 sur l'immigration. Lorsque l'autorisation de pénétrer sur le

territoire est refusée par le ministre en vertu de l'article 4 de la loi de 1971, le demandeur peut interjeter appel de la décision devant un juge spécial en arguant que son renvoi serait contraire aux obligations assumées par le Royaume-Uni au titre de la Convention de Genève (article 8 de la loi de 1971).

30. La décision du juge spécial est susceptible d'un recours devant la Commission de recours en matière d'immigration (article 20 de la loi de 1971).

31. L'article 21 de la loi de 1971 est ainsi libellé :

1. Lorsque, dans une affaire donnée,

a) un juge a rejeté un recours et qu'il n'y a pas eu de pourvoi devant la Commission de recours ou que celle-ci a rejeté un recours formé devant elle (...); ou que

b) la Commission de recours a confirmé la décision d'un juge ayant rejeté un recours (...), le ministre peut à toute époque renvoyer pour examen au titre du présent article toute question relative à la cause qui n'aurait pas été examinée par le juge ou par la Commission de recours (...)

32. L'article 346 des règles sur l'immigration prévoit que le ministre considère les observations présentées comme une nouvelle demande si les arguments avancés sont suffisamment différents de ceux développés dans la demande initiale. Il ne tient pas compte, lorsqu'il s'agit pour lui de déterminer s'il convient ou non de considérer les observations soumises comme une nouvelle demande, des éléments qui ne sont pas significatifs, qui ne sont pas crédibles ou qui étaient accessibles au requérant à l'époque du rejet de la demande initiale ou, le cas échéant, de l'examen du recours formé contre la décision.

## **B. La jurisprudence interne relative aux affaires d'immigration concernant la Tanzanie**

33. Il y a eu, au Royaume-Uni, toute une série d'affaires où des juges spéciaux ont refusé de retenir la possibilité pour les membres du CUF de Zanzibar de s'installer en un autre endroit de la Tanzanie («fuite interne»). Dans l'affaire *Masoud Mussa v. the Secretary of State* (30 juillet 1998), le gouvernement observa que le conseil du ministre n'avait pas comparu pour plaider ce point. Dans l'affaire *Omar Machano Omar v. the Secretary of State* (24 juin 1998), le demandeur d'asile était un prisonnier évadé de Zanzibar qui faisait l'objet d'une procédure d'extradition interne. Dans l'affaire *Salim Saleh Salim v. the Secretary of State* (15 janvier 1998), le juge considéra que n'avait été produite devant lui aucune preuve dont il ressortît que le demandeur serait plus en sécurité sur le continent qu'à Zanzibar.

34. Dans l'affaire *Adam Houiji Foun v. the Secretary of State* (10 janvier 2000), la Commission de recours en matière d'immigration accueillit le

recours d'un demandeur d'asile tanzanien qui avait participé aux activités du CUF au motif que, l'intéressé ayant été torturé à Zanzibar et un avis de recherche le concernant ayant été diffusé sur l'ensemble du territoire tanzanien, il y avait des chances très plausibles de le voir se faire intercepter par la police et de subir des sévices analogues à ceux qui lui avaient été infligés auparavant à Zanzibar, que ce fût aux mains des autorités de Zanzibar ou aux mains de la police de la partie continentale de la Tanzanie, qui exerçait elle aussi des brutalités sur les prisonniers sous sa responsabilité. Aussi la Commission de recours refusa-t-elle de retenir la possibilité d'une fuite interne.

### C. Le contrôle juridictionnel dans les affaires d'immigration

35. Les décisions par lesquelles le ministre rejette une demande d'asile, émet une ordonnance d'expulsion ou ordonne une détention avant expulsion peuvent être contestées par la voie d'un contrôle juridictionnel et annulées sur la base des principes ordinaires du droit public anglais.

36. Ces principes n'autorisent pas les tribunaux à se livrer à des constatations de fait dans les matières relevant de la compétence du ministre ni à substituer leur pouvoir d'appréciation à celui du ministre. Les tribunaux ne peuvent annuler une décision du ministre que si ce dernier n'a pas interprété ou appliqué le droit anglais correctement, s'il a laissé de côté des éléments que la loi lui imposait de prendre en compte ou si sa décision est à ce point irrationnelle et/ou arbitraire qu'aucun ministre raisonnable n'aurait pu l'adopter (*Associated provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation, King's Bench Reports* 1948, vol. 1, p. 223).

37. Dans la récente affaire *R. v. Home Secretary, ex parte Turgut* (28 janvier 2000), qui concernait le refus par le ministre d'accorder l'asile à un jeune Kurde de Turquie qui avait déserté l'armée, *Lord Justice* Simon Brown s'exprima ainsi dans l'arrêt de la Cour d'appel :

«Je conclus donc que l'obligation de la juridiction interne saisie d'une contestation fondée sur le caractère irrationnel de la décision dans une affaire relevant de l'article 3 est de soumettre la décision du ministre à un examen rigoureux, ce qu'elle doit faire en examinant par elle-même les éléments de fait sous-jacents à la décision, afin de déterminer s'ils conduisent à une conclusion différente de celle à laquelle le ministre est parvenu. Ce n'est que dans ce cas que le recours peut prospérer.

Il convient de préciser à cet égard qu'il ne s'agit pas là d'un domaine dans lequel la Cour d'appel fait preuve d'une déférence particulière envers la conclusion tirée par le ministre quant aux faits. Premièrement, le droit fondamental ici invoqué – le droit à ne pas être exposé à un risque réel de subir des traitements contraires à l'article 3 – est absolu. Ce n'est pas un droit susceptible de dérogation et nécessitant qu'un juste équilibre soit ménagé avec quelque besoin social entrant en concurrence avec lui. Deuxièmement, la Cour d'appel n'est en l'occurrence guère moins bien placée que le



ministre lui-même pour évaluer le risque une fois les éléments pertinents produits devant elle. Troisièmement, si j'incline à rejeter l'affirmation du requérant selon laquelle le ministre a délibérément mal présenté les preuves ou ignorait la situation réelle, nous devons, me semble-t-il, reconnaître au moins la possibilité qu'il ait (même de manière inconsciente) tendu à sous-estimer les preuves du risque encouru et que, au travers du long processus décisionnel, il ait tendu également à appréhender les nouveaux éléments produits de façon à pouvoir maintenir son sentiment préexistant, là où il aurait fallu réexaminer la situation avec un esprit plus ouvert. Dans des circonstances telles que celle-là, ce que l'on a appelé le « pouvoir d'appréciation discrétionnaire » – c'est-à-dire le domaine à l'intérieur duquel la Cour d'appel doit s'en remettre au jugement du ministre en tant qu'il constitue la personne investie au premier chef du pouvoir de décider du renvoi du requérant (...) – est assurément très étroit.»

### III. LES DOCUMENTS INTERNATIONAUX PERTINENTS

38. En janvier 1997, le département d'Etat américain diffusa son rapport pour 1996 concernant la situation sur le front des droits de l'homme en Tanzanie. On peut y lire les passages suivants :

« Le bilan du gouvernement en matière de droits de l'homme ne s'est pas amélioré et les problèmes persistent. Si les élections multipartites qui se sont tenues en 1995 représentent une évolution importante, le droit pour les citoyens de changer de gouvernement à Zanzibar est sévèrement encadré. Si de nouveaux partis d'opposition ont obtenu de bons résultats dans de nombreuses joutes électorales en 1995 et ont même enlevé quelques circonscriptions, la police a souvent pratiqué le harcèlement et l'intimidation de membres et sympathisants de l'opposition. On peut citer d'autres problèmes concernant les droits de l'homme, et notamment les passages à tabac pratiqués par la police, les mauvais traitements infligés aux suspects, lesquels entraînent parfois le décès des victimes. Les militaires attaquent les civils, et la police à Zanzibar recourt à la torture. Les victimes sont ainsi frappées et flagellées. Les conditions de séjour dans les prisons demeurent rudes et potentiellement mortelles. Les arrestations arbitraires et les détentions prolongées se poursuivent, et le système judiciaire inefficace et corrompu demeure bien souvent incapable d'assurer des procès rapides et équitables (...)

Depuis les élections de 1995, la police à Zanzibar, et particulièrement sur l'île de Pemba, arrête, place en détention et harcèle régulièrement les membres du CUF et ceux qu'elle soupçonne de sympathie à son égard. Nonobstant les ordres donnés par l'inspecteur général de la police du gouvernement de l'Union, les agents à Zanzibar poursuivent leurs agissements (...)

La Commission Wairoba a constaté qu'une corruption généralisée gangrène le pouvoir judiciaire, des greffiers aux magistrats. Les greffiers exigent des pots-de-vin pour décider d'ouvrir des affaires ou pour faire disparaître ou mal transmettre les dossiers de personnes accusées d'infractions. Les magistrats acceptent souvent des pots-de-vin pour retenir la culpabilité ou l'innocence des accusés, pour prononcer des peines, pour retirer des charges ou pour trancher des recours (...)

Des prisonniers seraient obligés d'attendre plusieurs années avant d'être jugés, au simple motif qu'ils ne sont pas en mesure de verser des pots-de-vin aux policiers et aux

fonctionnaires de la justice. Les autorités reconnaissent que certaines affaires se trouvent pendantes depuis 1988. Le gouvernement a entrepris dès 1991 des efforts pour mettre au jour la corruption de la justice et a resserré son contrôle (...)

Dans les deux ans qui ont suivi les élections, les forces de sécurité du gouvernement et des gangs du CCM ont harcelé et intimidé les membres du CUF sur les deux îles principales de Zanzibar, Pemba et Ugunja. Le CUF ayant remporté l'ensemble des sièges sur l'île de Pemba, les personnes originaires de cette île résidant à Ugunja ont été considérées comme des sympathisantes du CUF, ce qui leur a valu d'être harcelées. Les membres du CUF accusent la police de détenir des dizaines de leurs compagnons (...); la sécurité n'est pas assurée à Pemba, où les forces de sécurité dispersent les rassemblements et intimident et maltraitent les individus (...)

39. Dans le rapport annuel d'Amnesty International pour 1997, on trouve les passages suivants :

« Sur les îles de Zanzibar et de Pemba, un grand nombre d'opposants ont été arrêtés et brièvement détenus; parmi eux figuraient des prisonniers d'opinion. Beaucoup ont été détenus sans inculpation ni jugement; d'autres, qui risquaient d'être inculpés d'une infraction pénale, se sont vu refuser la mise en liberté sous caution. (...) »

Une autre méthode d'intimidation utilisée contre les opposants et les détracteurs du gouvernement consistait à les poursuivre en justice pour des infractions pénales telles que sédition, vagabondage ou participation à des actes de violence, en leur refusant bien souvent toute possibilité d'obtenir une mise en liberté sous caution durant une période de deux semaines ou plus. »

40. Dans son rapport pour 1998, Amnesty International déclarait :

« En décembre [1997], sur l'île de Zanzibar, 14 prisonniers d'opinion probables ont été inculpés de trahison et se sont vu refuser la mise en liberté sous caution. Il s'agissait de militants ou de partisans du CUF, qui ont été arrêtés durant la semaine où ce parti a remporté une élection partielle à la Chambre des représentants de Zanzibar, en novembre et en décembre (...) »

41. Le 8 juillet 1998, Amnesty International diffusa un communiqué de presse exprimant la crainte de voir le vice-président du CUF être arrêté pour une accusation de trahison montée de toutes pièces. Le communiqué précisait qu'en Tanzanie la trahison était obligatoirement punie de la peine de mort. Le 24 juillet 1998, Amnesty en appela à la libération immédiate de dix-huit membres ou sympathisants notoires du CUF, dont la plupart se trouvaient emprisonnés depuis novembre 1997 pour des accusations de trahison entièrement fabriquées. Amnesty International se disait préoccupée par la détérioration de l'état de santé des intéressés et par le refus de leur administrer les traitements médicaux adéquats sur lequel campaient les autorités.

42. Le rapport pour 1998 émis au sujet de la Tanzanie par le département d'Etat américain relevait que des problèmes sérieux continuaient de grever le bilan du gouvernement en matière de droits de l'homme :

« (...) régulièrement la police menace, maltraite ou passe à tabac les personnes qu'elle soupçonne d'avoir commis des infractions pénales, et ce tant lors des arrestations que pendant les interrogatoires. Elle utilise les mêmes moyens pour obtenir des informations au sujet des suspects auprès des membres de leurs familles qui ne se trouvent pas détenus (...) La police à Zanzibar a recours à la torture. (...) Des rapports répétés émanant de sources crédibles indiquent que la police pratique la torture, les passages à tabac et la flagellation à Zanzibar, notamment sur l'île de Pemba. Tant le gouvernement de Zanzibar que celui de l'Union contestent ces accusations. La police n'a toujours pas expliqué le décès de six détenus dans la ville de Morogoro, où les victimes ont été retrouvées électrocutées à la fin de 1997. (...) »

Les conditions d'emprisonnement demeurent rudes et potentiellement mortelles. Les responsables gouvernementaux reconnaissent que les prisons sont surpeuplées et que les conditions de séjour y sont lamentables. Les prisons sont autorisées à détenir 21 000 personnes, mais la population carcérale effective est estimée à 45 000 détenus (...); la quantité de nourriture quotidienne réglementairement allouée aux détenus est insuffisante pour couvrir leurs besoins nutritionnels, et cette quantité n'est même pas toujours fournie. (...) Antérieurement, le commissaire aux prisons avait déclaré que son département recevait des fonds insuffisants pour acheter les médicaments et les fournitures médicales nécessaires. Les dispensaires des prisons n'offrent que des traitements limités, et les amis et parents des détenus doivent généralement fournir les médicaments ou les fonds permettant de les acheter. Des maladies graves telles la dysenterie, la malaria et le choléra sont courantes et entraînent de nombreux décès. Les gardiens continuent de frapper et d'insulter les prisonniers.

(...) L'existence de prisonniers politiques sur la partie continentale de la Tanzanie n'a pas été signalée. A la fin de l'année, il y avait dix-huit prisonniers politiques à Zanzibar. »

43. Le rapport relève qu'en janvier 1998 la police a fouillé les bureaux du CUF en Tanzanie et emporté des dossiers. Dans les trois ans qui ont suivi les élections de 1995, les forces de sécurité gouvernementales et des gangs du CCM ont harcelé et intimidé les membres du CUF sur les deux îles principales de Zanzibar, Pemba et Ugunja.

44. Dans le rapport pour 1999 établi par Amnesty International concernant la Tanzanie, on peut lire le passage suivant :

« Sur l'île de Zanzibar, 18 prisonniers d'opinion, dont trois arrêtés au cours de l'année, attendaient d'être jugés pour trahison; ils risquaient la peine de mort. A Zanzibar, un très grand nombre de sympathisants de l'opposition ont été emprisonnés pour de courtes périodes; certains étaient peut-être des prisonniers d'opinion. Sur le continent, plus de 300 manifestants interpellés à Dar Es-Salaam, la capitale, ont été détenus durant plusieurs semaines et ont apparemment été torturés. Les conditions de vie dans certaines prisons étaient éprouvantes (...) »

Les dix-huit prisonniers membres du CUF dont il est question ci-dessus étaient quinze personnes arrêtées en 1997 et trois arrêtées à Zanzibar en mai 1998, et il semblerait que beaucoup d'entre eux soient tombés malades en raison de l'impossibilité d'obtenir un traitement médical. D'après le rapport, les conditions régnant dans certaines prisons sur le continent s'analisaient en un traitement cruel, inhumain et dégradant

qui, dans le cas de la prison de Mbeya, avait entraîné le décès de quarante-sept personnes au cours de la première moitié de l'année.

45. Dans un communiqué de presse du 27 janvier 2000, Amnesty International, faisant rapport sur le procès imminent des dix-huit membres du CUF, parla de ces derniers comme de « prisonniers d'opinion » se trouvant détenus à seule raison de leurs opinions, non violentes, et de leurs activités politiques, entièrement pacifiques ». Amnesty International exposa comment, entre les élections de 1995 et de 1998, de nombreux sympathisants du CUF avaient été arrêtés sur la base d'accusations pénales fabriquées de toutes pièces, torturés en garde à vue et emprisonnés. Au sujet d'événements plus récents, l'organisation s'exprima comme suit :

« A la suite des longs efforts entrepris par le secrétaire général du Commonwealth et par le secrétaire général des Nations unies pour obtenir un règlement de la crise politique à Zanzibar, un accord fut finalement conclu entre le CCM et le CUF en avril 1999. Des réformes profondes en matière de démocratisation des droits de l'homme et d'élections libres furent inscrites dans l'accord du Commonwealth, mais peu d'entre elles ont été mises en œuvre à ce jour. Bien que le CUF jouisse d'une plus grande liberté dans son fonctionnement, le gouvernement de Zanzibar continue de maintenir la pression pour que le procès se tienne et pour que des condamnations et des peines de mort y soient prononcées. »

46. Dans le rapport pour 1999 émis par le département d'Etat américain le 25 février 2000 concernant la Tanzanie, on pouvait lire, entre autres, que les autorités étaient responsables d'une série d'exécutions extrajudiciaires et que plusieurs prisonniers étaient décédés du fait de la dureté des conditions d'emprisonnement, au niveau notamment de la nutrition, des soins médicaux et des équipements sanitaires :

« (...) la police menace ou maltraite régulièrement et passe à tabac occasionnellement les personnes soupçonnées d'infractions, tant lors des arrestations que pendant les interrogatoires. (...) Il ressort de nombreux témoignages qu'elle recourt à la torture et pratique notamment le passage à tabac et la flagellation à Zanzibar, spécialement sur l'île de Pemba. »

La situation à Zanzibar était à certains égards moins favorable que sur le continent. Il apparaissait ainsi que, sur le continent, les citoyens jouissaient en général du droit de discuter librement des solutions de rechange à la politique du gouvernement et que les membres des partis d'opposition critiquaient ouvertement le gouvernement, bien qu'il fût arrivé à celui-ci d'avoir recours à la disposition interdisant d'« insulter » les autorités pour placer en détention certaines personnalités de l'opposition. D'une manière plus générale, il était plus aisé aux partis de l'opposition de tenir des meetings, encore que les réunions du CUF à Zanzibar fussent soumises à beaucoup plus de restrictions que ce n'était le cas pour les autres partis. La police continuait d'interrompre les

réunions fréquentées par les personnes supposées être hostiles au gouvernement de Zanzibar. A Pemba, les forces de sécurité interrompaient des réunions et intimidaient les responsables des partis de l'opposition, et le gouvernement continuait d'arrêter des membres de l'opposition au motif qu'ils avaient tenu des réunions :

«Au cours des quatre années qui se sont écoulées depuis les élections, les forces de sécurité gouvernementales et des gangs du CCM ont harcelé et intimidé les membres du CUF sur les deux îles principales de Zanzibar, Pemba et Ugunja. (...) Le CUF accuse la police de détenir des dizaines de ses membres, au nombre desquels figureraient plusieurs dirigeants locaux. (...) La sûreté personnelle des citoyens n'est pas assurée à Pemba, où les forces de sécurité dispersent les rassemblements et intimident les personnes. (...) Pratiquement tous les donateurs internationaux ont suspendu leur assistance directe à Zanzibar, en réponse aux abus commis par les autorités dans le domaine des droits de l'homme. Sous la pression de la communauté internationale, le parti CCM au pouvoir et le CUF, principal parti de l'opposition, ont signé en juin un accord politique visant à rendre la vie politique à Zanzibar plus équitable; toutefois les dispositions de l'accord n'étaient toujours pas entièrement mises en œuvre à la fin de l'année, et les observateurs pensent que le gouvernement n'a pas agi de bonne foi dans la période qui a suivi la signature de l'accord.»

#### IV. LES RAPPORTS SUR LA SITUATION EN TANZANIE PRODUITS PAR LES PARTIES

47. Dans une lettre datée du 8 avril 1998, la Haute Commission britannique à Dar Es-Salaam signalait que la situation à Zanzibar était source de préoccupation mais que sur le continent rien n'indiquait qu'il y eût des assassinats, des disparitions ou des arrestations politiques. Il y avait en revanche des problèmes plus généraux dans le domaine des droits de l'homme : des détentions arbitraires et un régime pénitentiaire lamentable pour tous les prisonniers, politiques ou de droit commun.

48. Dans une lettre datée du 25 mai 1998, Michael Hodd, de l'université de Westminster, indiquait que, d'après les témoignages, les droits de l'homme étaient violés à Zanzibar, où l'on dénombrait notamment soixante-six personnes disparues. Même si la situation en matière de droits de l'homme était considérée comme bonne sur la partie continentale de la Tanzanie, le gouvernement de Zanzibar avait la faculté de solliciter de celle-ci l'extradition de personnes recherchées par lui. Cette démarche avait abouti dans l'affaire Abdallah Kassim Hanga où, selon une source bien informée, l'intéressé avait ensuite été décapité.

49. D'après un rapport daté du 16 mars 1999 obtenu par le requérant, le professeur Parkin, qui enseigne l'anthropologie sociale au All Souls College à Oxford et qui est expert de l'Ouganda, du Kenya et de la Tanzanie, a déclaré que si le risque de persécution était moindre sur la partie continentale de la Tanzanie qu'à Zanzibar, une dégradation de la

situation sur le continent pouvait également être observée. Et l'expert de mentionner certains membres du CCM de Zanzibar qui se rendaient sur le continent pour harceler et persécuter les dissidents du CUF y ayant trouvé refuge. Le chef du CUF de Zanzibar résidait à Dar Es-Salaam mais ne quittait son appartement qu'entouré de collaborateurs du CUF capables de le protéger.

## EN DROIT

### I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 3 DE LA CONVENTION

50. Le requérant affirme qu'il se trouverait confronté au risque d'être torturé ou de se voir infliger, en violation de l'article 3, des traitements inhumains ou dégradants s'il était expulsé du Royaume-Uni vers la Tanzanie.

51. L'article 3 de la Convention est ainsi libellé :

«Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.»

#### A. Arguments des parties

##### 1. *Le requérant*

52. Le requérant soutient qu'il courrait un risque réel et immédiat de subir des mauvais traitements s'il était renvoyé en Tanzanie. Il affirme avoir été là-bas victime de sévices avant son départ. Entre autres choses, on l'aurait obligé à séjourner dans une pièce remplie d'eau froide, on lui aurait lié les pieds et on l'aurait suspendu la tête en bas jusqu'à ce que son nez saigne. Son frère aurait lui aussi été détenu, et il serait décédé après avoir été relâché dans des circonstances dont on pourrait à bon droit déduire que le décès est résulté de mauvais traitements subis en détention. Tant le requérant que son frère auraient été détenus à cause de leurs liens avec le CUF. Les rapports sur la situation régnant en Tanzanie montreraient que les membres du CUF font toujours l'objet d'une persécution active, que le bilan du gouvernement en matière de droits de l'homme laisse toujours largement à désirer, que la police se livre à des exécutions extrajudiciaires et maltraite les suspects, que partout dans le pays les conditions d'incarcération demeurent très dures et potentiellement mortelles, et que les détentions arbitraires ou prolongées restent un problème.

53. Le requérant affirme que les autorités tanzaniennes continuent de faire preuve d'un vif intérêt pour ses activités, ainsi qu'en attesterait la

convocation de police produite par lui, laquelle indiquerait une désapprobation du fait qu'il avait sollicité l'asile au Royaume-Uni. Cette thèse se trouverait confirmée par les tracasseries qu'aurait connues sa femme, qui avait déclaré à l'agent des services de l'immigration que la police était venue chez elle le 12 février 1999 pour demander si son mari était revenu à Zanzibar.

54. Le requérant conteste les arguments du Gouvernement selon lesquels son récit manque de crédibilité. En particulier, la raison pour laquelle il n'aurait fourni, lors de son premier entretien avec l'agent des services de l'immigration, aucune précision au sujet des sévices subis par lui tiendrait au fait qu'il avait cru comprendre que cet entretien visait seulement à rassembler les premières données de son cas. Il n'y aurait pas lieu, selon lui, de tirer la moindre conclusion de son omission de mentionner des détails précis. Sa version concernant ses épreuves aurait toujours été cohérente depuis, et il aurait fourni des preuves indépendantes et vérifiées des mauvais traitements allégués par lui. Il conteste qu'il aurait pu de manière raisonnable chercher refuge sur la partie continentale de la Tanzanie, arguant du fait qu'il risquait là aussi de subir des sévices. Il renvoie aux décisions rendues par les juges spéciaux dans d'autres affaires et aux termes desquelles cette possibilité de « fuite interne » aurait été écartée, même pour des membres du CUF moins éminents. De toute façon, il y aurait toujours eu pour Zanzibar la possibilité de solliciter son extradition du continent.

55. Le requérant soutient en outre que l'article 3 impose à l'État défendeur une obligation positive de mener, à la lumière de l'ensemble des preuves, une enquête effective sur son affirmation selon laquelle il courrait un risque réel de subir des traitements contraires à l'article 3 s'il était renvoyé en Tanzanie.

## 2. *Le Gouvernement*

56. Le Gouvernement soutient que la version de M. Hilal est émaillée d'incohérences factuelles significatives et que le juge spécial a considéré qu'elle manquait de crédibilité. Il planerait dès lors un doute considérable sur l'affirmation du requérant selon laquelle il a été torturé. Par exemple, l'intéressé aurait été invité directement par l'agent des services de l'immigration, lors du premier entretien, qui eut lieu le 9 février 1995, à préciser le fondement de sa demande d'asile, et dans sa réponse il n'aurait pas déclaré qu'il avait été torturé pendant sa détention. Ce ne serait que plus d'un mois plus tard qu'il aurait parlé de torture. Son explication à cet égard (l'agent des services de l'immigration aurait omis de consigner sa réponse ou l'interprète ne l'aurait pas traduite) aurait été rejetée par le juge, qui avait eu l'occasion d'évaluer ses propos et son attitude. Ses dépositions seraient également ambiguës quant à l'époque de la

détention de son frère, et rien dans le certificat de décès de ce dernier n'étayerait l'affirmation selon laquelle il a été torturé.

57. Le Gouvernement conteste la thèse du requérant selon laquelle il risque de subir des mauvais traitements si on le renvoie en Tanzanie. Il souligne le faible niveau d'implication du requérant dans le CUF, l'absence de toute preuve donnant à penser que les autorités témoignent d'un intérêt particulier pour lui, sa famille ou ses amis depuis novembre 1995, ainsi que le fait qu'il serait à l'abri sur la partie continentale de la Tanzanie, où la situation en matière de protection des droits de l'homme serait bonne. Il ressortirait clairement des documents produits, et notamment du communiqué de presse diffusé par Amnesty International le 24 juillet 1998, qu'une personne n'ayant que des liens peu étroits avec le CUF ne rencontrerait pas de difficultés significatives sur la partie continentale de la Tanzanie. Rien n'indiquerait que les autorités tanzaniennes renverraient le requérant à Zanzibar, ou que l'intéressé serait placé en détention au motif qu'il serait recherché par les autorités pour avoir sali la réputation du pays. On ne compterait qu'un cas d'extradition de la Tanzanie vers Zanzibar, et rien n'attesterait l'existence de motifs justifiant une telle extradition du requérant. En outre, aucun élément ne viendrait étayer l'affirmation selon laquelle les autorités savaient que le requérant se trouvait au Royaume-Uni. Si le requérant a déclaré qu'une convocation avait été adressée à ses parents à la suite de l'interception d'une lettre qu'ils lui avaient envoyée, on peut noter que cette convocation est datée du 25 novembre 1995, alors que la lettre en question a été postée le 27 novembre 1995.

58. Rien ne permettrait dès lors de conclure que le requérant intéresse particulièrement les autorités de Zanzibar ou de la partie continentale de la Tanzanie. En conséquence, une expulsion de l'intéressé ne serait pas contraire à l'article 3 de la Convention.

## **B. Appréciation de la Cour**

59. La Cour rappelle tout d'abord que les Etats contractants ont, en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités internationaux, y compris la Convention, le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux. Toutefois, lorsqu'ils exercent leur droit d'expulser pareilles personnes, ils doivent avoir égard à l'article 3 de la Convention, qui consacre l'une des valeurs fondamentales de toute société démocratique. L'expulsion d'un étranger par un Etat contractant peut soulever un problème au regard de cette disposition lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé, si on l'expulse vers le pays de destination, y courra un risque réel d'être soumis à un



traitement contraire à l'article 3. En pareil cas, cette disposition implique l'obligation de ne pas expulser la personne en question vers ce pays (voir, par exemple, les arrêts *Ahmed c. Autriche* du 17 décembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI, p. 2206, §§ 38-39, et *Chahal c. Royaume-Uni* du 15 novembre 1996, *Recueil* 1996-V, p. 1853, §§ 73-74).

60. Pour déterminer s'il y a des motifs sérieux et avérés de croire à un risque réel de traitements incompatibles avec l'article 3, la Cour s'appuie sur l'ensemble des éléments qu'on lui fournit ou, au besoin, qu'elle se procure d'office (arrêts *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni* du 30 octobre 1991, série A n° 215, p. 36, § 107, et *H.L.R. c. France* du 29 avril 1997, *Recueil* 1997-III, p. 758, § 37). Pour tomber sous le coup de l'article 3, un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité. L'appréciation de ce minimum est relative par essence; elle dépend de l'ensemble des données de la cause.

61. La Cour rappelle que le requérant a quitté la Tanzanie et est arrivé au Royaume-Uni le 9 février 1995, date à laquelle il a sollicité l'asile. Dans la procédure interne consécutive à cette démarche, l'intéressé a fondé sa demande sur son appartenance au CUF, parti d'opposition en Tanzanie, et sur le fait qu'il avait été détenu et torturé à Zanzibar avant son départ. Il affirme également que son frère a été détenu et est décédé des suites de sévices qui lui ont été infligés, et que les autorités l'accusent de salir la réputation de la Tanzanie, ce qui augmente le risque pour lui d'être placé en détention et maltraité à son retour.

62. Le Gouvernement invite la Cour à faire preuve de circonspection si elle envisage d'adopter, au sujet des demandes du requérant, un point de vue différent de celui adopté par le juge spécial, qui a entendu l'intéressé déposer et a jugé que son récit manquait de crédibilité. La Cour relève toutefois que la décision du juge spécial se fondait notamment sur l'absence de preuves propres à étayer la thèse du requérant. Depuis ladite décision, M. Hilal a produit de nouveaux documents. De surcroît, si le ministre et les juridictions ayant connu de la cause dans le cadre de la procédure de contrôle juridictionnel ont examiné ces documents, ils n'ont tiré aucune conclusion factuelle à leur égard mais ont statué sur une base différente, estimant qu'à supposer même que les allégations en cause fussent vraies, le requérant pourrait vivre en sécurité sur la partie continentale de la Tanzanie (solution de la « fuite interne »).

63. La Cour a examiné les documents fournis par le requérant ainsi que l'appréciation qu'en ont faite les différentes autorités internes. Elle n'aperçoit aucune raison de considérer qu'ils ont été falsifiés ou fabriqués. Le requérant a du reste produit un avis d'un professeur d'anthropologie sociale du All Souls College d'Oxford d'après lequel ils sont authentiques. Si le Gouvernement a émis des doutes sur l'authenticité du rapport médical, il n'a produit aucune preuve de nature

à étayer ces doutes ou à contredire l'avis produit par le requérant. De même, il n'a pas fourni l'occasion de faire contrôler, dans le cadre de la procédure devant le juge spécial, ledit rapport et la manière dont le requérant l'a obtenu.

64. La Cour admet que le requérant a été arrêté et détenu au motif qu'il était membre du parti d'opposition CUF et qu'il contribuait au financement de celui-ci. Elle admet également qu'il a été maltraité pendant sa détention, au cours de laquelle il a notamment été suspendu par les pieds, ce qui lui a provoqué une grave hémorragie nasale. A la lumière du rapport médical établi par l'hôpital dans lequel M. Hilal fut traité, l'omission apparente par celui-ci de mentionner ses sévices lors de son premier entretien avec les services de l'immigration perd de son importance, et l'explication fournie par lui au juge spécial et selon laquelle il pensait qu'il n'avait pas à livrer l'ensemble des détails avant le véritable entretien qui devait avoir lieu un mois plus tard ne paraît pas totalement dépourvue de crédibilité. S'il est exact que le dossier médical et le certificat de décès de son frère n'indiquent pas que la torture ou les mauvais traitements sont des facteurs qui ont pu contribuer au décès, ils fournissent un appui supplémentaire au récit du requérant, que le juge spécial a jugé complètement dépourvu d'étayage. Ils font apparaître que le frère du requérant, qui était également un sympathisant du CUF, avait été emprisonné et que de la prison il avait été transporté à l'hôpital, où il était décédé. Cet élément n'est pas incompatible avec l'allégation du requérant selon laquelle son frère a été maltraité en prison.

65. La question demeure de savoir si, ayant sollicité l'asile à l'étranger, le requérant court le risque de subir des mauvais traitements s'il rentre chez lui. Le Gouvernement a mis en doute l'authenticité de la convocation de police, faisant observer qu'elle porte la date du 25 novembre 1995, alors que le colis destiné aux parents du requérant intercepté par les autorités a été envoyé le 27 novembre 1995. On peut toutefois observer que le résumé livré par le juge spécial des preuves produites par le requérant mentionnait l'allégation de l'intéressé selon laquelle ses parents n'avaient reçu aucune des lettres qu'il leur avait envoyées. Cela dit, la seule preuve d'une opération postale effectuée par lui se rapporte à un colis enregistré contenant de l'argent et au sujet duquel il avait échangé du courrier avec la poste britannique. Il produisit ce courrier afin de prouver que l'acheminement de son colis ne s'était pas fait normalement; il ne ressort pas des documents que M. Hilal ait allégué que c'est grâce à l'interception de ce colis particulier que la police tanzanienne a su qu'il était au Royaume-Uni. Sa version n'est donc pas incohérente sur ce point.

66. La Cour rappelle que l'épouse du requérant, qui a maintenant elle aussi sollicité l'asile au Royaume-Uni, a déclaré à l'agent des services de l'immigration lors de son entretien que la police s'était rendue chez elle

plusieurs fois pour interpeller son mari et avait formulé des menaces. Cette allégation se concilie avec les informations fournies au sujet de la situation qui règne à Pemba et à Zanzibar, où des membres du CUF ont fait l'objet par le passé, de la part des autorités, d'un harcèlement soutenu, de détentions arbitraires, de tortures et de mauvais traitements (paragraphe 38-46 ci-dessus). Les membres du CUF concernés ne sont pas uniquement des dirigeants du parti ou des activistes notoires, mais également des membres tout à fait ordinaires. Si la situation s'est quelque peu améliorée, les derniers rapports parus jettent un doute sur le sérieux des efforts de réforme entrepris et témoignent des problèmes que continuent d'affronter les membres du CUF (paragraphe 46 ci-dessus). La Cour conclut que s'il est renvoyé à Zanzibar, le requérant sera exposé au risque d'être arrêté et placé en détention et de subir à nouveau des mauvais traitements.

67. Le Gouvernement invoque la possibilité d'une « fuite interne », arguant que, à supposer même que le requérant coure un risque à Zanzibar, la situation sur la partie continentale de la Tanzanie est moins périlleuse. Il ressort effectivement des documents produits par les parties que les atteintes aux droits de l'homme sont plus importantes à Zanzibar et que les membres du CUF y sont davantage persécutés (paragraphe 47-49 ci-dessus). Il apparaît néanmoins que la situation sur la partie continentale de la Tanzanie est loin d'être satisfaisante et révèle une situation endémique de violation des droits de l'homme qui dure depuis longtemps. Les rapports disponibles indiquent en termes généraux que la police en Tanzanie maltraite et frappe les détenus (paragraphe 46 ci-dessus), et que des membres du parti CCM au pouvoir à Zanzibar se rendent sur le continent pour harceler les sympathisants du CUF y ayant trouvé refuge (paragraphe 49 ci-dessus). Les conditions d'incarcération sur le continent sont qualifiées d'inhumaines et dégradantes, le manque de nourriture et de traitements médicaux entraînant des situations où les détenus risquent de perdre la vie (paragraphe 44 et 46 ci-dessus). La police sur la partie continentale de la Tanzanie peut être considérée comme liée institutionnellement à la police de Zanzibar, chacune faisant partie de l'Union, et ne peut être regardée comme une garantie contre les agissements arbitraires (arrêt *Chahal* précité, p. 1861, § 104, où le requérant, sikh d'origine, courait un risque particulier de subir des mauvais traitements au Pendjab mais ne pouvait être considéré comme ne courant aucun risque ailleurs en Inde, dès lors qu'il ressortait des informations disponibles que la police dans d'autres régions se rendait également coupable de violations graves des droits de l'homme). Il faut également tenir compte de la possibilité qui existe de procéder à des extraditions entre la Tanzanie et Zanzibar (voir la décision du juge spécial citée au paragraphe 33 et le rapport cité au paragraphe 49 ci-dessus).

68. La Cour n'est donc pas persuadée que l'option de la fuite interne offre une garantie fiable contre le risque de mauvais traitements. Elle conclut que le renvoi du requérant en Tanzanie serait contraire à l'article 3 en tant qu'il exposerait l'intéressé à un risque sérieux d'être soumis dans ce pays à la torture ou à des traitements inhumains ou dégradants.

69. Les griefs du requérant concernant les recours qui lui étaient accessibles pour dénoncer la violation de l'article 3 doivent dans ces conditions être examinés sous l'angle de l'article 13 de la Convention (arrêt *İlhan c. Turquie* [GC], n° 22277/93, CEDH 2000-VII).

## II. SUR LES VIOLATIONS ALLÉGUÉES DES ARTICLES 6 ET 8 DE LA CONVENTION

70. Invoquant les articles 6 (droit à un procès équitable) et 8 (droit au respect de la vie privée) de la Convention, le requérant allègue que son expulsion vers la Tanzanie lui ferait courir le risque d'être soumis à une procédure pénale arbitraire et inéquitable en cas d'arrestation et compromettrait son intégrité physique et morale.

71. A la lumière de ses conclusions ci-dessus, la Cour estime qu'aucune question distincte ne se pose sur le terrain de ces dispositions.

## III. SUR LA VIOLATION DE L'ARTICLE 13 DE LA CONVENTION

72. Le requérant soutient qu'il n'avait à sa disposition aucun recours interne effectif pour contester la décision de l'expulser. Il invoque l'article 13 de la Convention, aux termes duquel :

« 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. Arguments des parties

73. Le requérant affirme qu'il ne disposait d'aucun recours interne effectif au travers duquel il aurait pu contester la décision du ministre de le renvoyer en Tanzanie. Il a obtenu les documents propres à étayer ses demandes après avoir été entendu par le juge indépendant. Toutefois, le ministre considéra que ces éléments étaient dépourvus de pertinence et refusa d'accéder à la demande du requérant tendant à la communication des documents en question au juge afin que celui-ci pût revoir sa position. La demande de contrôle juridictionnel ne constituait pas, aux yeux du requérant, une possibilité de faire réexaminer sa prétention par un organe juridictionnel indépendant sur la base de l'ensemble des preuves.

Elle ne contestait que la décision de ne pas communiquer les éléments au juge. Ni la *High Court* ni la Cour d'appel ne se livrèrent au moindre réexamen de la demande à la lumière de l'ensemble des preuves, s'abstenant d'apprécier son authenticité et les risques qu'une expulsion ferait courir à l'intéressé. Le contrôle effectué par ces juridictions avait une portée limitée à l'examen, d'une part, de la rationalité de la décision et, d'autre part, de la question de savoir si le refus était à ce point déraisonnable qu'aucun ministre raisonnable n'aurait pu y parvenir. Le critère d'irrationalité serait extrêmement exigeant. Le requérant soutient toutefois que dès lors que les preuves étaient à première vue authentiques et avaient trait au cœur de sa demande, il aurait dû avoir l'occasion de faire réexaminer à leur lumière les risques allégués par lui. Cette impossibilité de faire connaître de la substance de son grief fondé sur la Convention a selon lui privé la procédure de toute effectivité aux fins de l'article 13 de la Convention.

74. Le Gouvernement considère que la procédure de contrôle juridictionnel s'analyse en un recours effectif, et il renvoie à des décisions confirmatives de son point de vue adoptées par la Cour antérieurement dans des affaires d'expulsion (voir, par exemple, les arrêts *Vilvarajah et autres* précité, pp. 39-40, §§ 123-125, *D. c. Royaume-Uni* du 2 mai 1997, *Recueil* 1997-III, ainsi que la décision *T.I. c. Royaume-Uni* (déc.), n° 43844/98, CEDH 2000-III). La jurisprudence interne attesterait que les juridictions examinent soigneusement les preuves qui leur sont présentées dans ce genre d'affaires. Si elles ne se forment pas au sujet des faits une opinion indépendante qui prévaudrait ensuite nécessairement sur tout avis ayant pu être formulé par le ministre, il est manifeste que dans les affaires d'extradition et d'expulsion les juridictions internes se livrent à un examen approfondi des preuves disponibles et ne tardent ni ne renâclent pas, le cas échéant, à considérer que la décision adoptée par le ministre est illégale et doit être annulée.

## **B. Appréciation de la Cour**

75. La Cour rappelle que l'article 13 de la Convention garantit l'existence en droit interne d'un recours permettant de s'y prévaloir des droits et libertés de la Convention, tels qu'ils peuvent s'y trouver consacrés. Cette disposition a donc pour conséquence d'exiger un recours interne habilitant l'instance nationale compétente à connaître du contenu du grief fondé sur la Convention et 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. La portée de l'obligation découlant de l'article 13 varie en fonction de la nature du grief que le requérant fonde

sur la Convention. Toutefois, le recours exigé par l'article 13 doit être « effectif » en pratique comme en droit, en ce sens particulièrement que son exercice ne doit pas être entravé de manière injustifiée par les actes ou omissions des autorités de l'Etat défendeur (arrêts *Aksoy c. Turquie* du 18 décembre 1996, *Recueil* 1996-VI, p. 2286, § 95, *Aydın c. Turquie* du 25 septembre 1997, *Recueil* 1997-VI, pp. 1895-1896, § 103, et *Kaya c. Turquie* du 19 février 1998, *Recueil* 1998-I, pp. 329-330, § 106).

76. Sur la base des preuves produites en l'espèce, la Cour considère que l'allégation du requérant selon laquelle il risque de se voir infliger, au mépris de l'article 3 de la Convention, des traitements inhumains ou dégradants si on l'expulse vers la Tanzanie est « défendable » aux fins de l'article 13 (arrêts *Boyle et Rice c. Royaume-Uni* du 27 avril 1988, série A n° 131, p. 23, § 52, et *Kaya* précité, p. 330, § 107). Elle a donc examiné la question de savoir si l'intéressé avait à sa disposition un recours effectif pour contester la décision d'expulsion qui le frappait.

77. Dans ses arrêts *Vilvarajah et autres* précité (p. 39, § 123), et *Soering c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989 (série A n° 161, pp. 47-48, §§ 121-124), la Cour a considéré qu'une procédure de contrôle juridictionnel constitue un recours effectif pour faire état de griefs fondés sur l'article 3 en matière d'expulsion et d'extradition. Elle a estimé que les juridictions anglaises pouvaient effectivement contrôler la légalité des décisions prises par l'exécutif dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, tant par rapport aux règles de fond que par rapport aux règles de procédure, et qu'elles avaient la faculté, le cas échéant, d'annuler les décisions. Elle a également admis qu'une juridiction se livrant à pareil contrôle juridictionnel aurait compétence pour annuler une décision d'expulser un individu vers un pays s'il était établi que l'intéressé y serait exposé à un risque sérieux de subir des traitements inhumains et dégradants au motif que, au vu de l'ensemble des circonstances de la cause, la décision n'aurait jamais été prise par un ministre raisonnable. Ce raisonnement a été suivi dans l'arrêt *D. c. Royaume-Uni* précité adopté plus récemment (pp. 797-798, §§ 70-71).

78. Le requérant soutient que lorsqu'elles sont saisies de demandes de contrôle juridictionnel les juridictions britanniques ne se livrent pas de façon indépendante à des constatations de fait sur des questions controversées. La Cour considère pour sa part qu'elles examinent soigneusement les allégations selon lesquelles une expulsion exposerait le demandeur à un risque de subir des traitements inhumains ou dégradants. La Cour n'est pas convaincue que la procédure soit privée de son effectivité du fait que le contrôle s'effectue à l'aune de critères – irrationalité et arbitraire – appliqués en matière de contrôle juridictionnel de décisions administratives. La substance du grief du requérant a été examinée par la Cour d'appel, qui avait le pouvoir d'accorder à l'intéressé ce qu'il sollicitait. Le fait que la Cour d'appel n'ait pas accueilli la demande est dénué de pertinence, car le caractère effectif d'un recours aux fins de l'article 13 ne

dépend pas de la certitude d'une issue favorable pour le demandeur (arrêt *Vilvarajah et autres* précité, p. 39, § 122).

79. Aussi la Cour conclut-elle que le requérant avait à sa disposition un recours effectif pour énoncer ses griefs fondés sur l'article 3 de la Convention concernant le risque pour lui de subir des mauvais traitements en cas d'expulsion vers la Tanzanie. En conséquence, il n'y a pas eu violation de l'article 13.

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

80. 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. Dommages

81. Le requérant sollicite une indemnité pour dommage moral, qu'il chiffre à 2 000 livres sterling (GBP), pour la non-réalisation, contraire à l'article 3 de la Convention, d'une enquête effective au sujet des risques que lui aurait fait courir son renvoi en Tanzanie, et pour l'absence de tout recours effectif.

82. Le Gouvernement soutient que l'octroi d'une indemnité ne serait pas justifié en l'espèce.

83. La Cour rappelle qu'elle n'a constaté aucune violation procédurale concernant l'absence alléguée d'une enquête. Quant à son constat de violation de l'article 3 – aux termes duquel l'expulsion du requérant vers la Tanzanie lui ferait courir le risque de subir des traitements contraires à cette disposition – elle considère qu'il représente en soi une satisfaction équitable suffisante pour tout dommage moral pouvant avoir été subi par le requérant.

##### B. Frais et dépens

84. M. Hilal réclame au total le remboursement de 12 583,87 GBP, hors taxe sur la valeur ajoutée (TVA), pour ses frais et dépens. Cette somme comprend : 5 000 GBP pour les honoraires de son avocat, 280 GBP pour l'obtention d'une expertise et 6 935,63 GBP pour les honoraires des *solicitors* qui ont préparé et présenté la demande d'application de l'article 39 du règlement de la Cour, la requête et deux séries d'observations.

85. Le Gouvernement considère que les montants réclamés sont excessifs. Il s'étonne en particulier que l'avocat réclame des honoraires pour quatre-vingt-sept heures de travail et juge exagéré le taux horaire

pratiqué par les *solicitors*. Il estime qu'une somme de 7 000 GBP serait suffisante.

86. La Cour juge lesdites prétentions raisonnables. Elle alloue en entier la somme réclamée, plus tout montant pouvant être dû au titre de la TVA, moins les 5 100 francs français versés par le Conseil de l'Europe au titre de l'assistance judiciaire.

### C. Intérêts moratoires

87. D'après les informations dont la Cour dispose, 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. *Dit* que l'expulsion du requérant vers la Tanzanie violerait l'article 3 de la Convention;
2. *Dit* qu'aucune question distincte ne se pose sur le terrain des articles 6 et 8 de la Convention;
3. *Dit* qu'il n'y a pas eu violation de l'article 13 de la Convention;
4. *Dit* que le constat d'une violation représente en soi une satisfaction équitable suffisante pour tout dommage moral pouvant avoir été subi par le requérant;
5. *Dit*
  - a) que l'Etat défendeur doit verser au requérant pour frais et dépens, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, la somme de 12 583,87 GBP (douze mille cinq cent quatre-vingt-trois livres sterling quatre-vingt-sept pence), plus tout montant pouvant être dû au titre de la taxe sur la valeur ajoutée, moins les 5 100 FRF (cinq mille cent francs français), à convertir en livres sterling au taux de change applicable à la date du prononcé du présent arrêt;
  - b) que cette somme sera à majorer d'un intérêt simple de 7,5 % l'an à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au règlement;
6. *Rejette* pour le surplus la demande de satisfaction équitable.

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 6 mars 2001, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

S. DOLLÉ  
Greffière

J.-P. COSTA  
Président



STRELETZ, KESSLER ET KRENZ c. ALLEMAGNE  
*(Requêtes n<sup>os</sup> 34044/96, 35532/97 et 44801/98)*

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 22 MARS 2001



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Condamnation de dirigeants de la RDA après la réunification allemande pour leur responsabilité dans le décès d'Allemands de l'Est qui tentaient de fuir à l'Ouest****Article 7 § 1**

*Nullum crimen sine lege – Condamnation de dirigeants de la RDA après la réunification pour leur responsabilité dans le décès d'Allemands de l'Est qui tentaient de fuir à l'Ouest – Interprétation par les tribunaux de la RFA des dispositions légales de la RDA – Faits justificatifs – Pratique étatique se superposant aux règles du droit écrit – Pratique étatique méconnaissant de manière flagrante les droits fondamentaux – Règles du droit international de protection des droits de l'homme – Prévisibilité – Accessibilité – Protection internationale du droit à la vie – Protection internationale de la liberté de circulation – Responsabilité pénale individuelle en tant que dirigeants de la RDA*

\*  
\* \*

Les requérants, ressortissants allemands, étaient des hauts dignitaires de la République démocratique allemande (RDA). Jugés après la réunification allemande par les juridictions de la République fédérale d'Allemagne (RFA), ils furent condamnés d'abord sur la base du droit pénal applicable en RDA à l'époque des faits pour avoir participé à des décisions des plus hautes instances de la RDA, comme celles du Conseil national de la défense ou du Bureau politique, sur le régime de surveillance de la frontière de la RDA, ce qui les rendait coresponsables de la mort de plusieurs personnes qui avaient tenté de fuir la RDA en franchissant la frontière de 1971 à 1989. En effet, en conséquence des ordres émis dans le cadre de ce régime de surveillance, de nombreuses personnes qui tentèrent de franchir la frontière trouvèrent la mort soit à la suite de l'explosion de mines soit à la suite de tirs des gardes-frontière. Les juridictions appliquèrent ensuite les dispositions du droit pénal de la RFA, plus clémentes que celles de la RDA, en condamnant les requérants en tant qu'auteurs intellectuels d'homicides volontaires à des peines d'emprisonnement de cinq ans, sept ans, et six ans et demi respectivement. Leurs condamnations furent confirmées par la Cour fédérale de justice puis jugées conformes à la Constitution par la Cour constitutionnelle fédérale. Les juridictions rejetèrent les faits justificatifs tirés de la loi sur la frontière de la RDA combinée avec le code pénal de la RDA, invoqués par les requérants pour affirmer qu'ils avaient agi conformément au droit de la RDA et qu'à l'époque des faits ils n'avaient pas été poursuivis à ce titre dans ce pays.

---

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

1. Article 7 § 1 : a) Le droit national : i. Les condamnations trouvaient leur base légale dans le droit pénal de la RDA applicable à l'époque des faits, et les peines correspondaient en principe à celles prévues par la législation pertinente de la RDA ; les peines prononcées leur étaient même inférieures, du fait de l'application du principe du droit le plus clément, soit ici celui de la RFA. ii. Le droit interne de la RDA incluait le principe de proportionnalité et celui de la nécessité de préserver la vie humaine, et la condamnation des requérants par les juridictions de la RFA, qui ont interprété et appliqué les règles écrites de la RDA, ne paraît pas à première vue arbitraire ou contraire à l'article 7 § 1. Il n'appartient pas à la Cour de se prononcer sur leurs approches différentes des faits justificatifs tirés du droit écrit de la RDA, invoqués par les requérants ; il suffit de s'assurer que le résultat auquel elles sont parvenues était conforme à l'article 7 § 1. iii. Quant aux faits justificatifs tirés de la pratique étatique de la RDA qui se superposait aux règles du droit écrit à l'époque des faits : il s'agissait d'une pratique répressive de surveillance et de protection de la frontière dont résultait l'absence de poursuite des requérants pour crime en RDA ; cette pratique répressive avait été décidée par les organes directeurs de la RDA, dont les requérants faisaient partie, au nom de la raison d'Etat. Toutefois, la raison d'Etat doit trouver ses limites dans les principes énoncés par la Constitution et les textes légaux de la RDA elle-même ; elle doit surtout respecter la nécessité de préserver la vie humaine, inscrite dans la Constitution, la loi sur la police et celle sur la frontière, compte tenu du fait que le droit à la vie était déjà, à l'époque des faits, la valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme sur le plan international. Or la pratique étatique répressive de la RDA était en flagrante violation des droits fondamentaux inscrits dans sa Constitution et confirmés dans son code pénal et les lois précitées, ainsi qu'en violation de ses obligations de respect des droits de l'homme et de ses autres obligations conventionnelles internationales. D'après les principes généraux de droit, on ne saurait se fonder, pour justifier un comportement ayant abouti à une condamnation, sur la seule constatation qu'un tel comportement a eu lieu et, de ce fait, a formé une pratique. Par ailleurs, indépendamment de la responsabilité étatique de la RDA, le caractère criminel des actions des requérants en tant qu'individus résultait du code pénal de la RDA. Les actes reprochés aux requérants leur étaient ainsi imputables à titre individuel. iv. S'agissant de la prévisibilité des condamnations des requérants : du fait des positions très élevées qu'ils occupaient au sein de l'appareil étatique, ils ne pouvaient ignorer la Constitution et la législation de la RDA, ni les obligations internationales de celle-ci, et ils avaient eux-mêmes mis en place ou poursuivi ce régime, en doublant les textes légaux d'ordres et instructions de service tenus secrets ; les requérants étaient donc directement responsables de la situation régnant à la frontière entre les deux Etats à cette époque. Le fait qu'ils n'ont pas été condamnés en RDA ne signifie pas que leurs actions ne constituaient pas des infractions d'après le droit de la RDA. Il est légitime pour un Etat de droit d'engager des poursuites pénales à l'encontre de personnes qui se sont rendues coupables de crimes sous un régime antérieur ; l'on ne saurait reprocher aux juridictions d'un tel Etat, qui ont succédé à celles existant antérieurement, d'appliquer et d'interpréter les dispositions légales existantes à l'époque des faits à la lumière des principes régissant un Etat de droit. Eu égard à la place primordiale occupée par le droit à la vie dans tous les instruments internationaux

relatifs à la protection des droits de l'homme, dont la Convention, l'interprétation stricte de la législation de la RDA par les juridictions allemandes était conforme à l'article 7 § 1. Cet article ne saurait protéger une pratique étatique telle que celle de la RDA qui méconnaît de manière flagrante les droits fondamentaux et surtout le droit à la vie, valeur suprême. Cette pratique, qui a vidé de sa substance la législation sur laquelle elle était censée se fonder, et qui était imposée à tous les organes de l'Etat y compris ses organes judiciaires, ne saurait être qualifiée de «droit» au sens de l'article 7. Les requérants qui, comme dirigeants de la RDA, avaient créé l'apparence de légalité en RDA et mis en place puis poursuivi une telle pratique en flagrante violation des principes mêmes de l'ordre juridique de leur pays, ne sauraient se prévaloir de la protection de l'article 7 § 1. Pour ces raisons, au moment où elles avaient été commises, les actions des requérants constituaient des infractions définies avec suffisamment d'accessibilité et de prévisibilité par le droit de la RDA.

b) Le droit international: i. Les juridictions allemandes ayant usé d'arguments fondés notamment sur des principes de protection des droits de l'homme, il faut examiner si les infractions en cause étaient définies avec suffisamment d'accessibilité et de prévisibilité par le droit international. ii. Pour ce qui est des règles de protection internationale du droit à la vie, la mort des fugitifs ne résultait pas d'un recours à la force «rendu absolument nécessaire» au sens de l'article 2 § 2 de la Convention et les agissements des requérants n'étaient donc pas justifiés sous l'angle de cette disposition. iii. Pour ce qui est de la protection internationale de la liberté de circulation, l'instauration et le maintien du régime de surveillance de la frontière en RDA n'étaient pas justifiés par les restrictions autorisées à la libre circulation que ce soit par l'article 2 § 2 du Protocole n° 4 à la Convention ou le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. iv. Or cette pratique étatique était l'œuvre des requérants qui, en tant que dirigeants politiques, devaient savoir qu'elle était contraire aux droits de l'homme car ils ne pouvaient ignorer la loi de leur propre pays ni ses obligations internationales. Il existait, à l'époque, une responsabilité individuelle des requérants sur le plan pénal qui se déduisait des instruments internationaux lus en combinaison avec le code pénal de la RDA. Partant, au moment où elles avaient été commises, les actions des requérants constituaient des infractions définies avec suffisamment d'accessibilité et de prévisibilité par les règles du droit international relatives à la protection des droits de l'homme.

*Conclusion* : non-violation (unanimité).

2. Articles 14 et 7 combinés : la Cour constitutionnelle fédérale ayant appliqué des principes d'une portée générale, qui étaient donc également valables pour des individus qui n'étaient pas d'anciens ressortissants de la RDA, il n'y a pas d'atteinte à ces articles.

*Conclusion* : non-violation (unanimité).

### **Jurisprudence citée par la Cour**

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

*Foti et autres c. Italie*, arrêt du 10 décembre 1982, série A n° 56

*Schenk c. Suisse*, arrêt du 12 juillet 1988, série A n° 140

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

- Tolstoy Miloslavsky c. Royaume-Uni*, arrêt du 13 juillet 1995, série A n° 316-B  
*S.W. c. Royaume-Uni*, arrêt du 22 novembre 1995, série A n° 335-B  
*C.R. c. Royaume-Uni*, arrêt du 22 novembre 1995, série A n° 335-C  
*Kopp c. Suisse*, arrêt du 25 mars 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-II  
*Osman c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 octobre 1998, *Recueil* 1998-VIII  
*Akkoç c. Turquie*, n<sup>os</sup> 22947/93 et 22948/93, CEDH 2000-X  
*Rehbock c. Slovénie*, n° 29462/95, CEDH 2000-XII

**En l'affaire Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne,**

La Cour européenne des Droits de l'Homme, siégeant en une Grande Chambre composée des juges dont le nom suit :

M. L. WILDHABER, *président*,

M<sup>me</sup> E. PALM,

MM. C.L. ROZAKIS,

G. RESS,

J.-P. COSTA,

L. FERRARI BRAVO,

L. CAFLISCH,

L. LOUCAIDES,

I. CABRAL BARRETO,

K. JUNGWIERT,

Sir Nicolas BRATZA,

M. B. ZUPANČIĆ,

M<sup>me</sup> N. VAJIĆ,

M. M. PELLONPÄÄ,

M<sup>me</sup> M. TSATSA-NIKOLOVSKA,

MM. E. LEVITS,

A. KOVLER,

ainsi que de M. M. DE SALVIA, *greffier*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 8 novembre 2000 et 14 février 2001,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouvent trois requêtes (n<sup>os</sup> 34044/96, 35532/97 et 44801/98) dirigées contre la République fédérale d'Allemagne. Deux ressortissants de cet Etat, MM. Fritz Streletz et Heinz Kessler («les premier et deuxième requérants»), avaient saisi la Commission européenne des Droits de l'Homme («la Commission») les 20 novembre 1996 et 28 janvier 1997 respectivement en vertu de l'ancien article 25 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales («la Convention»). Un troisième ressortissant de cet Etat, M. Egon Krenz («le troisième requérant»), avait saisi la Cour le 4 novembre 1998 en vertu de l'article 34 de la Convention.

2. Les requérants ont été admis au bénéfice de l'assistance judiciaire.

3. Les requérants alléguaient que les actions qui leur avaient été reprochées ne constituaient pas, au moment où elles avaient été commises, des infractions d'après le droit national ou d'après le droit

international, et que leurs condamnations par les juridictions allemandes constituaient donc des violations de l'article 7 § 1 de la Convention. Ils invoquaient également les articles 1 et 2 § 2 de la Convention.

4. Les deux premières requêtes ont été transmises à la Cour le 1<sup>er</sup> novembre 1998, date d'entrée en vigueur du Protocole n° 11 à la Convention (article 5 § 2 dudit Protocole).

5. Les trois requêtes ont été attribuées à la quatrième section de la Cour, en même temps que la requête (n° 37201/97) de M. K.-H.W., également dirigée contre la République fédérale d'Allemagne (article 52 § 1 du règlement de la Cour).

Le 9 décembre 1999, une chambre de cette section, composée des juges dont le nom suit : M. M. Pellonpää, président, M. G. Ress, M. A. Pastor Ridruejo, M. L. Caflisch, M. J. Makarczyk, M. I. Cabral Barreto et M<sup>me</sup> N. Vajić, ainsi que de M. V. Berger, greffier de section, s'est dessaisie au profit de la Grande Chambre, aucune des parties ne s'y étant opposée (articles 30 de la Convention et 72 du règlement).

6. La composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément à l'article 27 §§ 2 et 3 de la Convention et à l'ancien article 24 du règlement. Le président de la Grande Chambre a décidé que dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice les trois requêtes, ainsi que celle de M. K.-H.W., devaient être attribuées à la même Grande Chambre (articles 24, 43 § 2 et 71 du règlement).

7. Tant les requérants que le gouvernement allemand (« le Gouvernement ») ont déposé des observations écrites sur la recevabilité et le fond des requêtes.

8. Une audience portant sur les trois requêtes, ainsi que sur celle de M. K.-H.W., et dédiée à la fois aux questions de recevabilité et de fond, s'est déroulée en public au Palais des Droits de l'Homme, à Strasbourg, le 8 novembre 2000 (article 54 § 4 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

MM. K. STOLTENBERG, *Ministerialdirigent*, agent,  
C. TOMUSCHAT, professeur de droit international public,  
K.-H. STÖR, *Ministerialrat*, conseillers ;

– *pour les requérants*

M<sup>es</sup> P. GARDNER, avocat au barreau de Londres,  
F. WOLFF, pour le premier requérant,  
H.-P. MILDEBRATH, pour le deuxième requérant,  
R. UNGER, pour le troisième requérant,  
avocats au barreau de Berlin, conseils ;



– pour M. K.-H.W.

M<sup>c</sup> D. LAMMER, avocat au barreau de Berlin,

*conseil.*

La Cour les a entendus en leurs déclarations.

9. Par des décisions du 8 novembre 2000<sup>1</sup>, la Grande Chambre a déclaré recevables les trois requêtes, ainsi que celle de M. K.-H.W.

10. Le 14 février 2001, la Grande Chambre a décidé de joindre les requêtes de MM. Streletz, Kessler et Krenz (article 43 § 1 du règlement).

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

11. Les requérants sont des ressortissants allemands, nés en 1926, 1920 et 1937 respectivement.

12. Après leur condamnation par les juridictions allemandes, les deux premiers requérants (MM. Fritz Streletz et Heinz Kessler) ont été détenus en régime de semi-liberté (*offener Strafvollzug*), puis remis en liberté après avoir purgé les deux tiers environ de leur peine. Ils résident actuellement à Strausberg (Allemagne) et à Berlin (Allemagne), respectivement.

Le troisième requérant (M. Egon Krenz) est détenu en régime de semi-liberté à la prison de Plötzensee de Berlin depuis janvier 2000.

#### A. Le contexte général

13. De 1949 à 1961 environ deux millions et demi d'Allemands ont fui la République démocratique allemande (RDA) pour se rendre en République fédérale d'Allemagne (RFA). Pour contenir le flux incessant des fugitifs, la RDA érigea le mur de Berlin le 13 août 1961 et renforça tous les dispositifs de sécurité le long de la frontière entre les deux États allemands, en y installant notamment des mines antipersonnel et des systèmes de tir automatique (*Selbstschussanlagen*). De nombreuses personnes ayant tenté de franchir la frontière pour se rendre à l'Ouest ont par la suite trouvé la mort, soit en déclenchant des mines antipersonnel ou des systèmes de tir automatique, soit en succombant aux tirs des gardes-frontière est-allemands. D'après le parquet de la RFA, le nombre de morts s'élève officiellement à 264; d'autres sources avancent des chiffres plus élevés, comme «le groupe de travail du

---

1. *Note du greffe*: les décisions de la Cour sont disponibles au greffe.

13 août» (*Arbeitsgemeinschaft 13. August*), qui parle de 938 morts. En tout état de cause, le nombre exact de personnes tuées est très difficile à déterminer, car les incidents à la frontière étaient tenus secrets par les autorités de la RDA.

14. Le Conseil d'Etat (*Staatsrat*) de la RDA rendait les décisions de principe pour les questions de défense et de sécurité du pays et organisait la défense du pays avec l'aide du Conseil national de la défense (*Nationaler Verteidigungsrat*) de la RDA (article 73 de la Constitution de la RDA – paragraphe 28 ci-dessous).

La présidence de ces deux organes ainsi que du Parlement de la RDA (*Volkskammer*) était assurée par des membres du Parti socialiste unifié de la RDA (*Sozialistische Einheitspartei Deutschlands*).

Le Bureau politique (*Politbüro*) du Comité central du parti était l'organe décisionnel du Parti socialiste unifié et l'instance la plus puissante de la RDA. Toute décision politique de principe et toute décision relative à la nomination des cadres dirigeants du pays étaient prises en son sein. Le nombre de ses membres était variable: à compter du XI<sup>e</sup> et dernier congrès du Parti socialiste unifié du mois d'avril 1986, il comptait vingt-deux membres et cinq candidats.

Le secrétaire général du Comité central du parti présidait le Conseil national de la défense et tous les membres de ce conseil étaient des fonctionnaires du parti. Le Conseil national de la défense se réunissait en général deux fois par an et rendait des décisions importantes relatives à la mise en place et à la consolidation du régime de surveillance de la frontière (*Grenzregime*) ou portant sur les ordres de tirer (*Schiessbefehle*).

15. Les gardes-frontière de la RDA (*Grenztruppen der DDR*), issus de l'Armée nationale du peuple (*Nationale Volksarmee*), dépendaient directement du ministère de la Défense nationale (*Ministerium für nationale Verteidigung*). Les ordres annuels du ministre de la Défense reposaient eux-mêmes sur des décisions du Conseil national de la défense.

Ainsi, dans une décision du 14 septembre 1962, le Conseil national de la défense précisa que les ordres (*Befehle*) et instructions de service (*Dienstvorschriften*) édictés par le ministre de la Défense devaient montrer aux gardes-frontière qu'ils «[étaient] pleinement responsables de la préservation de l'inviolabilité de la frontière étatique dans leur secteur et que «ceux qui [viole] la frontière» [*Grenzverletzer*] [devaient] être dans tous les cas arrêtés en tant qu'adversaires [*Gegner*] et, si nécessaire, «anéantis» [*vernichtet*]». De même, une instruction de service du 1<sup>er</sup> février 1967 précisa que «la pose ciblée et serrée des mines sur le terrain (...) doit empêcher la mobilité de «ceux qui violent la frontière» et (...) aboutir à leur arrestation ou anéantissement».

Depuis 1961, et surtout dans la période allant de 1971 à 1989, les réunions du Conseil national de la défense portaient régulièrement sur la consolidation et l'amélioration des installations de protection de la

frontière (*Grenzsicherungsanlagen*) et sur l'utilisation des armes à feu. Les ordres édictés par le ministre de la Défense sur cette base insistaient également sur la nécessité de protéger la frontière étatique de la RDA à tout prix et indiquaient que « ceux qui violaient la frontière » devaient être arrêtés ou « anéantis » : ces ordres étaient ensuite mis en œuvre par les commandants des régiments des gardes-frontière. C'est sur cette chaîne de commandement que reposaient tous les agissements des gardes-frontière, y compris l'installation de mines et l'utilisation des armes à feu contre les fugitifs.

16. Les requérants occupaient des fonctions élevées au sein de l'appareil étatique et du Parti socialiste unifié de la RDA :

– le premier requérant était membre du Conseil national de la défense depuis 1971, du Comité central du parti depuis 1981 et ministre adjoint de la Défense de 1979 à 1989 ;

– le second requérant était membre du Comité central du parti depuis 1946, chef d'état-major de l'Armée nationale du peuple et membre du Conseil national de la défense depuis 1967, et ministre de la Défense de 1985 à 1989 ;

– le troisième requérant était membre du Comité central du parti depuis 1973, du Conseil d'Etat depuis 1981, du Bureau politique et du Conseil national de la défense depuis 1983, et secrétaire général du Comité central du parti (succédant à M. E. Honecker), président du Conseil d'Etat et du Conseil national de la défense d'octobre à décembre 1989.

17. En automne 1989, la fuite de milliers de citoyens de la RDA vers les ambassades de la RFA à Prague et à Varsovie, vers la Hongrie, qui avait ouvert ses frontières vers l'Autriche le 11 septembre 1989, les manifestations de dizaines de milliers de personnes dans les rues de Dresde, Leipzig et Berlin-Est notamment, ainsi que la politique de restructuration et d'ouverture menée en Union soviétique par Mikhaïl Gorbatchev (*perestroïka* et *glasnost*), ont précipité la chute du mur de Berlin le 9 novembre 1989, l'effondrement du système en RDA et le processus qui devait aboutir à la réunification de l'Allemagne, devenue effective le 3 octobre 1990.

Par une note verbale du 8 septembre 1989, la Hongrie suspendit les articles 6 et 8 de l'accord bilatéral avec la RDA du 20 juin 1969, portant renonciation mutuelle aux visas d'entrée et renfermant une interdiction de laisser des voyageurs partir vers des pays tiers, en s'appuyant expressément sur les articles 6 et 12 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (paragraphe 40 ci-dessous), ainsi que sur l'article 62 (changement fondamental de circonstances) de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

18. Au cours de l'été 1990, le Parlement nouvellement élu de la RDA enjoignit au législateur allemand d'assurer que les injustices commises

par le Parti socialiste unifié seraient poursuivies sur le plan pénal (*die strafrechtliche Verfolgung des SED-Unrechts sicherzustellen*).

## B. La procédure devant les juridictions allemandes

### 1. En ce qui concerne les deux premiers requérants (MM. Streletz et Kessler)

19. Par un jugement du 16 septembre 1993, le tribunal régional (*Landgericht*) de Berlin condamna les premier et deuxième requérants à cinq ans et six mois et à sept ans et six mois d'emprisonnement respectivement, pour incitation à homicide volontaire (*Anstiftung zum Totschlag*), au motif qu'ils étaient coresponsables de la mort de six et de sept jeunes gens respectivement, âgés de dix-huit à vingt-huit ans, qui avaient tenté de fuir la RDA de 1971 à 1989 en franchissant la frontière entre les deux Etats allemands. Ils avaient trouvé la mort soit en déclenchant des mines antipersonnel installées à la frontière, soit en succombant aux tirs des gardes-frontière est-allemands.

Il s'agit en particulier des cas suivants :

Le 8 avril 1971, M. Klaus Seifert, âgé de dix-huit ans, marcha sur une mine terrestre (*Erdmine*), en tentant de franchir la frontière, et perdit la jambe gauche. Il parvint toutefois à atteindre le territoire de la RFA où, après une série d'opérations, il succomba à ses blessures.

Le 16 janvier 1973, M. Hans-Friedrich Franck, âgé de vingt-six ans, fut grièvement blessé par l'explosion d'une mine à fragmentation (*Splittermine*) en tentant de franchir la frontière. Il parvint cependant à rejoindre le territoire de la RFA, où il décéda peu après des suites de ses blessures.

Le 14 juillet 1974, M. Wolfgang Vogler, âgé de vingt-cinq ans, fut blessé grièvement par l'explosion d'une mine à fragmentation en tentant de franchir la frontière. Vingt minutes plus tard, des gardes-frontière de la RDA le traînèrent jusqu'à un camion dans l'arrière-pays. Deux heures plus tard, il arriva dans un hôpital, où il décéda des suites de ses blessures.

Le 7 avril 1980, M. Wolfgang Bothe, âgé de vingt-huit ans, fut également blessé sérieusement par l'explosion d'une mine à fragmentation en tentant de franchir la frontière. Après une série d'opérations, il décéda des suites de ses blessures.

Le 22 mars 1984, M. Frank Mater, âgé de vingt ans, fut grièvement blessé par l'explosion d'une mine à fragmentation en tentant de franchir la frontière. Il décéda quelques instants plus tard.

Le 1<sup>er</sup> décembre 1984, deux gardes-frontière de la RDA tirèrent sur M. Michael-Horst Schmidt, âgé de vingt ans, qui tenta de franchir le mur de Berlin à l'aide d'une échelle, et le touchèrent dans le dos. On ne lui porta pas les premiers secours. Il ne parvint à l'hôpital de la police du

peuple de la RDA que deux heures plus tard, alors qu'il avait déjà perdu tout son sang. On félicita les tireurs, regrettant simplement qu'ils aient utilisé autant de munitions.

Dans la nuit du 5 au 6 février 1989, MM. Chris Gueffroy et Christian Gaudian, âgés de vingt ans, tentèrent de franchir le mur de Berlin. Le premier fut touché par les tirs d'un garde-frontière de la RDA et décéda sur-le-champ. Le second fut blessé par balles. On félicita les tireurs.

Le tribunal régional nota que tous les ordres du ministre de la Défense, y compris ceux relatifs à l'utilisation d'armes à feu à la frontière, reposaient sur des décisions du Conseil national de la défense, dont les requérants faisaient partie. Or les gardes-frontière avaient reçu ordre de protéger à tout prix la frontière de la RDA, même si « ceux qui violaient la frontière » (*Grenzverletzer*) devaient y laisser la vie.

Le tribunal releva que la pratique des autorités est-allemandes était délibérément allée au-delà du libellé de la loi (*Wortlaut des Gesetzes*), des ordres écrits ou des instructions de service ; les dispositions relatives à l'utilisation des armes à feu à la frontière étaient ignorées. Ce qui importait aux gardes-frontière n'était pas le droit écrit, mais ce qui leur avait été transmis au cours de leur formation, par les enseignements politiques et au cours de leur service de tous les jours. L'ordre effectif donné aux gardes-frontière était le suivant : « L'unité [*der Zug*] (...) assure la sécurité de la frontière étatique de la RDA (...) et a pour tâche de ne pas permettre de franchissements de frontière [*Grenzdurchbrüche*], d'arrêter « ceux qui violent la frontière » ou de les anéantir [*vernichten*] et d'assurer la protection de la frontière étatique à tout prix [*unter allen Bedingungen*] (...) »

En cas de franchissement réussi, les gardes-frontière devaient s'attendre à l'ouverture d'une enquête menée par le procureur militaire (*Militärstaatsanwalt*).

Le tribunal régional condamna d'abord les premier et deuxième requérants sur la base du droit pénal applicable en RDA à l'époque des faits, pour incitation à l'assassinat (*Anstiftung zum Mord*) (articles 22 § 2 (1) et 112 § 1 du code pénal de la RDA – « le StGB-DDR » –, paragraphe 32 ci-dessous) ; il estima que les requérants ne pouvaient justifier leurs agissements en excipant de l'article 27 § 2 de la loi sur la frontière de la RDA (*Grenzgesetz* – paragraphe 38 ci-dessous) qui, en pratique, avait servi à couvrir le meurtre de fugitifs à l'aide d'armes à feu, de systèmes de tir automatique ou de mines antipersonnel. Selon le tribunal, cette pratique étatique méconnaissait de manière flagrante et insupportable « les principes élémentaires de justice et la protection internationale des droits de l'homme » (« *diese Staatspraxis hat offensichtlich und unerträglich gegen elementare Gebote der Gerechtigkeit und gegen völkerrechtlich geschützte Menschenrechte verstoßen* »). Puis le tribunal régional appliqua le droit pénal de la RFA, plus clément que celui de la RDA, et condamna les

deux requérants pour incitation à homicide volontaire (articles 26 et 212 § 1 du code pénal de la RFA – «le StGB»).

20. Par un arrêt du 26 juillet 1994, la Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof*) entérina d'abord les conclusions du tribunal régional quant à la qualification du délit d'après le droit de la RDA, puis appliqua le droit pénal de la RFA, d'une part parce que c'était le droit en vigueur dans le lieu où s'était produit le résultat de l'infraction (*Tatort – Erfolgsort*) (un des fugitifs ayant trouvé la mort sur le territoire de la RFA), d'autre part parce que le droit pénal de la RFA était plus clément que celui de la RDA. Ensuite, la Cour fédérale de justice requalifia les faits d'après le droit pénal de la RFA, reprochant aux deux requérants d'avoir été les auteurs intellectuels d'homicides volontaires (*Totschlag in mittelbarer Täterschaft*) (articles 25 et 212 du StGB – paragraphe 44 ci-dessous). Le quantum de la peine qu'encourageaient les requérants demeura inchangé. A l'instar du tribunal régional, la Cour joignit les affaires du premier requérant et du deuxième requérant.

La Cour fédérale de justice déclara ensuite que les deux requérants avaient été les auteurs intellectuels d'homicides volontaires, au motif qu'ils avaient appartenu au Conseil national de la défense, organe dont les décisions étaient une condition nécessaire (*zwingende Voraussetzung*) à l'émission d'ordres sur le régime de surveillance de la frontière (*Grenzregime*) de la RDA. Les requérants savaient que ces ordres allaient être exécutés et savaient que des fugitifs étaient décédés à la frontière à la suite d'actes de violence. A l'instar du tribunal régional, la Cour fédérale de justice estima que les deux requérants ne pouvaient se justifier en invoquant l'article 27 § 2 de la loi sur la frontière. Elle considéra que cette disposition et son interprétation par le régime de la RDA méconnaissaient de manière flagrante les droits de l'homme et notamment le droit à la liberté de mouvement et le droit à la vie inscrits dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, traité ratifié par la RDA le 8 novembre 1974 (paragraphe 40 ci-dessous). Le fait que la RDA n'avait pas transposé ces dispositions dans son droit interne ne changeait rien aux obligations de celle-ci en droit international public. Enfin, la décision du tribunal régional ne contrevenait pas à l'article 103 § 2 de la Loi fondamentale (*Grundgesetz* – paragraphe 43 ci-dessous), car les requérants ne pouvaient se prévaloir d'un fait justificatif (*Rechtfertigungsgrund*) contraire à des normes supérieures du droit. En effet, une interprétation exacte de l'article 27 § 2 de la loi sur la frontière de la RDA aurait, déjà à l'époque des faits, permis de conclure que l'on ne pouvait se référer à ces faits justificatifs eu égard aux limites fixées par la loi elle-même, et à la lumière de la Constitution de la RDA et des obligations internationales de celle-ci.

21. Le 9 septembre 1994, les deux requérants saisirent la Cour constitutionnelle fédérale (*Bundesverfassungsgericht*) d'un recours

constitutionnel. Selon eux, leurs agissements avaient été justifiés d'après le droit alors applicable en RDA et n'auraient pas dû être poursuivis pénalement. L'interprétation divergente effectuée *a posteriori* par la Cour fédérale de justice méconnaîtrait le principe de la non-rétroactivité des lois pénales (*Rückwirkungsverbot*) et l'article 103 § 2 de la Loi fondamentale. Il existerait en RFA des dispositions semblables à l'article 27 de la loi sur la frontière de la RDA, et tout Etat limiterait le droit à la vie lorsqu'il s'agit de poursuivre des délinquants. A cet égard, les deux requérants se réfèrent à l'article 2 § 2 de la Convention. Ils invoquaient également l'article 7 § 2 de cette dernière et la réserve dont cette disposition a fait l'objet de la part de la RFA (paragraphe 45 ci-dessous).

22. Par un arrêt du 24 octobre 1996, la Cour constitutionnelle fédérale joignit le recours du premier requérant à celui du deuxième, ainsi qu'au recours de M. K.-H.W., ancien garde à la frontière est-allemande. Ce dernier est également requérant devant la Cour européenne des Droits de l'Homme.

Après avoir entendu le ministère fédéral de la Justice (*Bundesministerium für Justiz*) et l'administration de la justice (*Senatsverwaltung für Justiz*) de Berlin, la Cour constitutionnelle fédérale rejeta les trois recours comme étant mal fondés en se basant notamment sur les motifs suivants :

« L'article 103 § 2 de la Loi fondamentale n'a pas été violé.

Les requérants voient une infraction à ce texte dans le fait principalement que les juridictions répressives ne leur ont pas permis de se prévaloir d'un fait justificatif résultant, à l'époque des faits, des dispositions de la RDA relatives au régime de surveillance de la frontière [*Grenzregime*], telles qu'elles étaient interprétées et appliquées par les autorités de la RDA. Par ailleurs, les premier [M. Hans Albrecht, qui n'a pas déposé de requête devant la Cour], deuxième [M. Kessler] et troisième [M. Streletz] requérants se disent également victimes d'une violation d'un droit garanti par l'article 103 § 2 de la Loi fondamentale en ce qu'ils ont été condamnés, par application du droit de la République fédérale d'Allemagne, en qualité d'auteurs intellectuels [*mittelbare Täter*].

Les deux griefs sont dépourvus de fondement.

1. a) L'article 103 § 2 de la Loi fondamentale est une manifestation du principe de l'Etat de droit (...). Celui-ci fonde l'usage des libertés en garantissant la sécurité juridique, en soumettant l'autorité publique à la loi et en protégeant la confiance. Le principe de l'Etat de droit comporte également une exigence de justice objective, celle-ci constituant l'une des idées directrices de la Loi fondamentale (...). En ce qui concerne le droit pénal, ce souci d'assurer l'Etat de droit trouve sa traduction dans le principe selon lequel il ne peut y avoir de peine sans faute. Ce principe plonge ses racines dans la dignité et la responsabilité de l'être humain, valeurs à la fois postulées par la Loi fondamentale et protégées de manière effective par ses articles 1 § 1 et 2 § 1, et que le législateur doit respecter dans l'élaboration du droit pénal (...). Il sous-tend également l'article 103 § 2 de la Loi fondamentale (...).

L'article 103 § 2 de la Loi fondamentale assure la sauvegarde de ces buts en n'autorisant une condamnation que pour des faits qui, à l'époque où ils ont été

commis, faisaient l'objet, avec une certitude suffisante, d'une incrimination légale. Il protège en outre contre le prononcé d'une peine supérieure à celle qui était prévue par la loi à l'époque de la commission de l'infraction. Dans l'intérêt de la sécurité juridique et de l'équité, il prévoit qu'en matière pénale, où l'Etat peut porter des atteintes très graves à la personnalité, seul le législateur est compétent pour décider des incriminations. Dans le domaine du droit pénal, le principe de la légalité est ainsi doublé d'une stricte limitation de compétence au profit du législateur (...). Pour le citoyen, l'article 103 § 2 de la Loi fondamentale fonde la confiance sur le fait que l'Etat ne peut poursuivre comme actes délictueux que les comportements qui, à l'époque de leur survenance, correspondaient à une incrimination légale et pour lesquels le législateur avait fixé une peine déterminée. Cela fournit au citoyen la base lui permettant de régler son comportement en toute responsabilité, de manière à éviter de tomber sous le coup de la loi pénale. Ce principe de non-rétroactivité de la loi pénale est absolu (...). Il remplit sa fonction de garantie de l'Etat de droit et des droits fondamentaux au travers d'une formalisation stricte. En cela, il se distingue des autres garanties de l'Etat de droit (...)

b) L'article 103 § 2 protège contre la modification *a posteriori*, au détriment de l'auteur, de l'appréciation du contenu répréhensible de l'acte concerné (...). Aussi commande-t-il également que continue d'être appliqué un fait justificatif qui était prévu par la loi à l'époque de la commission de l'infraction, même s'il a disparu lorsque se déroule la procédure pénale. Toutefois, la stricte limitation de compétence au profit du législateur qui s'applique en matière d'incrimination et de détermination de la peine ne vaut pas en matière de faits justificatifs. Dans le domaine pénal, des faits justificatifs peuvent aussi résulter de la coutume ou de la jurisprudence. Si des faits justificatifs non écrits mais reconnus à l'époque de la commission de l'infraction ne sont plus appliqués par la suite se pose alors la question de savoir si et dans quelle mesure l'article 103 § 2 de la Loi fondamentale protège également la confiance dans leur maintien. Il n'y a pas lieu ici de répondre d'une manière générale à cette question, car en l'espèce il y a invocation d'un fait justificatif – reposant en partie sur la loi et en partie sur des directives et une pratique administratives – dans des conditions qui autorisent des restrictions au principe absolu de non-rétroactivité de la loi pénale consacré par l'article 103 § 2 de la Loi fondamentale.

aa) L'article 103 § 2 de la Loi fondamentale couvre l'hypothèse dans laquelle l'acte est commis et jugé dans le domaine d'application du droit pénal matériel élaboré par les autorités de la République fédérale d'Allemagne dans le respect de la Loi fondamentale. Dans cette hypothèse normale, le droit pénal, élaboré dans les conditions de la démocratie, de la séparation des pouvoirs et du respect obligatoire des droits fondamentaux, et conforme dès lors *a priori* aux impératifs de la justice objective [*materielle Gerechtigkeit*], offre le rattachement aux principes de l'Etat de droit [*rechtsstaatliche Anknüpfung*] nécessaire pour la protection stricte et absolue de la confiance que garantit l'article 103 § 2 de la Loi fondamentale.

bb) Ce principe n'est plus intégralement applicable dès l'instant où, du fait de la réunification, existe un régime, défini dans le traité d'unification et résultant de la combinaison de l'article 315 de la loi introductive au code pénal combiné avec l'article 2 du même code, qui prévoit que pour juger les infractions commises dans l'ex-RDA il y a lieu d'appliquer le droit pénal de la RDA. Ce régime est la conséquence du transfert à la République fédérale de l'administration de la justice pénale sur le territoire de la RDA; en tant que tel il est compatible avec l'article 103 § 2 de la Loi fondamentale, car les citoyens de l'ex-RDA sont condamnés sur la base du droit pénal qui leur était applicable à l'époque de la commission des infractions, le droit de la République



fédérale en vigueur au moment de la condamnation ne leur étant appliqué que lorsqu'il est moins sévère. Toutefois, cette situation juridique, dans laquelle la République fédérale doit exercer son autorité répressive sur le fondement du droit d'un Etat qui ne respectait ni la démocratie, ni la séparation des pouvoirs, ni les droits fondamentaux, peut conduire à un conflit entre les impératifs intangibles de la Loi fondamentale et le principe absolu de non-rétroactivité consacré par l'article 103 § 2 de celle-ci. Cette non-rétroactivité trouve, on l'a dit, sa justification au regard de l'Etat de droit [*rechtsstaatliche Rechtfertigung*] dans le principe particulier de la confiance dont sont empreintes les lois pénales lorsqu'elles sont adoptées par un législateur démocratique tenu au respect des droits fondamentaux. Cette base particulière de confiance fait défaut si, pour les actes criminels les plus graves, l'autre Etat incrimine certains faits tout en excluant dans certaines circonstances leur caractère répréhensible par l'admission de faits justificatifs, en invitant même, par-dessus la norme écrite, à commettre de tels actes, en les favorisant et en violant ainsi gravement les droits de l'homme généralement reconnus par la communauté internationale. Le détenteur du pouvoir politique a ainsi mis en place un système à ce point contraire à la justice qu'il ne peut survivre qu'aussi longtemps que subsiste *de facto* l'autorité étatique qui en est responsable.

Dans cette situation tout à fait particulière, l'exigence de justice objective, qui englobe également le respect des droits de l'homme reconnus par la communauté internationale, interdit l'application de pareils faits justificatifs. La protection absolue de la confiance garantie par l'article 103 § 2 de la Loi fondamentale doit alors céder le pas, sans quoi le système de la justice pénale de la République fédérale entrerait en contradiction avec les prémisses de l'Etat de droit [*rechtsstaatliche Prämissen*] sur lesquelles il repose. Le citoyen qui relève aujourd'hui de la juridiction de la République fédérale ne peut se prévaloir de pareils faits justificatifs; pour le reste, le principe de confiance continue de s'appliquer, chaque citoyen ayant la garantie d'être condamné sur le fondement de la loi qui lui était applicable à l'époque de l'infraction.

ce) La République fédérale a déjà connu pareilles situations de conflit lorsqu'elle a eu à juger les méfaits du national-socialisme.

1. A cet égard, la Cour suprême pour la zone britannique et après elle la Cour fédérale de justice se sont prononcées sur la question de savoir si l'inapplicabilité d'une norme à cause d'une méconnaissance grave de principes juridiques supérieurs peut, *a posteriori*, rendre un acte punissable. Elles ont estimé qu'il pouvait y avoir des dispositions et des directives auxquelles, nonobstant leur prétention à faire œuvre juridique, il y a lieu de dénier le caractère juridique parce qu'elles violent les principes juridiques applicables indépendamment de toute reconnaissance étatique; quiconque agit en se conformant à de telles dispositions demeure punissable (...). La Cour fédérale de justice a fait observer que, dans ce genre de cas, le comportement des auteurs n'est pas apprécié à l'aune de critères dont la validité ne serait devenue générale que plus tard. De même, on n'imposerait pas aux intéressés de répondre à la question de ce qui est licite ou illicite sur la base de critères qui, à l'époque des faits, n'étaient pas encore applicables ou ne l'étaient plus. Il ne faudrait pas supposer que les auteurs n'avaient pas connaissance, lors des faits, de certains principes déterminants et indispensables pour la vie en commun des êtres humains, qui font partie du noyau dur et intangible du droit (...).
2. La Cour constitutionnelle fédérale n'a eu jusqu'ici à traiter du problème de l'«illicéité légale» [*gesetzliches Unrecht*] qu'en dehors de la sphère pénale. Elle a considéré que lorsqu'il y a une contradiction intolérable entre le droit positif et la justice, le principe de la sécurité juridique peut devoir céder devant celui de la justice

objective. Elle s'est référée à cet égard aux explications de Gustav Radbruch<sup>(1)</sup> (...) et en particulier à la formule qui porte le nom de l'intéressé (...). Elle a en outre souligné à plusieurs reprises que l'inapplicabilité du droit positif doit demeurer confinée à une infime minorité de cas extrêmes, et qu'une législation simplement illicite et inacceptable selon une conception éclairée peut, du fait de l'élément d'ordre qui lui est inhérent, acquérir une validité juridique et être créatrice de sécurité juridique (...). Toutefois, a-t-elle ajouté, l'époque de la domination nationale-socialiste a montré que le législateur peut donner naissance à des situations totalement contraires à l'équité (...) et que dès lors il y a lieu de proscrire d'emblée l'obéissance à une norme absolument incompatible avec l'idée de justice (...).

2. Les décisions attaquées satisfont au critère constitutionnel exposé au point 1.

a) La Cour fédérale de justice a entre-temps développé sa jurisprudence lorsqu'elle a eu à connaître des « crimes de gouvernement » [*Regierungskriminalität*] commis sous le régime du Parti socialiste unifié à l'époque de la RDA (...). C'est cette jurisprudence qui sous-tend les décisions ici incriminées. D'après elle, il y a lieu dans l'application du droit d'écarter un fait justificatif lorsqu'il couvre le meurtre de personnes qui, sans armes et sans mettre en péril des intérêts généralement reconnus et juridiquement protégés, étaient simplement désireuses de franchir la frontière interallemande. Pareil fait justificatif, qui fait primer l'application de l'interdiction de franchir la frontière sur la protection du droit à la vie d'êtres humains, est en effet inopérant car il heurte ouvertement et de façon intolérable les exigences élémentaires de la justice et les droits de l'homme protégés au plan international. L'atteinte portée aux unes et aux autres est tellement grave dans l'hypothèse considérée qu'elle viole les conceptions juridiques qui, fondées sur la valeur et la dignité de l'homme, sont partagées par tous les peuples. En pareil cas, le droit positif doit céder devant l'équité.

La Cour fédérale de justice s'est livrée à une analyse de la relation entre les critères de la formule de Radbruch qui sous-tendent la règle précitée et les droits de l'homme protégés au plan international. Aux critères de la formule de Radbruch, qui, en raison de leur imprécision, sont difficiles à mettre en œuvre, seraient venus s'adjoindre des critères plus concrets, résultant du fait que les conventions internationales de protection des droits de l'homme comporteraient des éléments permettant de déterminer quand, d'après la conception de la communauté juridique universelle, l'État viole les droits de l'homme.

b) Cette appréciation est conforme à la Loi fondamentale. Elle peut s'appuyer sur la décision rendue par la Cour constitutionnelle fédérale le 31 juillet 1973 à propos du Traité fondamental [*Grundlagenvertrag*]. La haute juridiction avait alors qualifié d'inhumaine l'attitude de la RDA à la frontière interallemande et avait déclaré que le mur, les barbelés, la « zone de la mort » [*Todesstreifen*] et l'ordre de tirer étaient incompatibles avec la souscription d'obligations conventionnelles par la RDA (...).

c) A la conclusion qu'il y a lieu d'écarter comme entaché d'une illicéité étatique extrême le fait justificatif couvrant, selon la pratique de l'État, le meurtre des « violeurs de frontière » les requérants ne sauraient objecter que le droit à la vie et le droit à la libre

1. Gustav Radbruch (1878-1949) : professeur allemand de droit qui a notamment influencé la philosophie du droit. A la suite des crimes nazis, il a consacré le principe, aussi dénommé « formule de Radbruch » (*Radbruch'sche Formel*), d'après lequel le droit positif doit être considéré comme contraire à la justice lorsque la contradiction entre la loi et la justice est tellement insupportable que la loi doit céder le pas à la justice.

circulation des personnes ne sont pas garantis de manière inconditionnelle par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et que les États de droit démocratiques d'inspiration occidentale prévoient dans leurs dispositions légales l'usage des armes à feu dans certaines circonstances, notamment lorsqu'il s'agit de poursuivre et d'arrêter des malfaiteurs. Certes, les dispositions légales de la RDA concernant l'usage des armes à feu à la frontière interallemande correspondent, dans leur libellé, aux dispositions applicables dans la République fédérale sur l'utilisation de la force [*unmittelbarer Zwang*]. Il ressort toutefois des constatations des jugements attaqués que se trouvaient superposés aux dispositions légales des ordres qui ne permettaient absolument pas de modérer l'usage des armes à feu sur le fondement du principe de proportionnalité et qui communiquaient aux troupes chargées sur place de la surveillance de la frontière la conception de leurs supérieurs – avec, au sommet de la chaîne hiérarchique, le Conseil national de défense – selon laquelle les violeurs de frontière devaient être « anéantis » si le franchissement de la frontière ne pouvait être évité par d'autres moyens. Cette subordination du droit à la vie de l'individu à l'intérêt de l'État à empêcher le franchissement de la frontière a abouti à faire passer le droit écrit derrière les impératifs de l'efficacité politique. Il s'agit là, objectivement, d'une illicéité extrêmement grave.

d) Les requérants ne peuvent davantage objecter à leur condamnation que le fait d'être partie de l'idée qu'un fait justificatif ne pouvait entrer en ligne de compte n'a pu fournir à la Cour fédérale de justice une réponse à la question de savoir si et dans quelles conditions l'acte ainsi réputé illégal serait punissable (...). Pour justifier que l'acte soit punissable, il n'est nul besoin ici de recourir à des principes juridiques suprapositifs [*überpositive Rechtsgrundsätze*]. Il convient plutôt de se reporter aux valeurs sur lesquelles la RDA elle-même avait assis ses dispositions répressives. À l'époque des faits, le code pénal de la RDA comportait, en ses articles 112 et 113, une interdiction pénale absolue de tuer délibérément des êtres humains, et il assortissait le manquement auxdites dispositions de peines sévères reflétant la gravité des actes visés. Si des éléments qui viennent d'être exposés on peut déduire l'inadmissibilité d'un fait justificatif tendant à couvrir un homicide, les faits constitutifs de l'infraction d'homicide décrits dans lesdites dispositions pénales emportent l'illégalité de l'homicide en question et justifient qu'il soit punissable.

3. Est également dépourvu de fondement le grief des premier, deuxième et troisième requérants selon lequel ne saurait se concilier avec l'article 103 § 2 de la Loi fondamentale le fait que, dans son application du droit de la République fédérale, la Cour fédérale de justice ait considéré les intéressés comme les auteurs intellectuels d'un meurtre.

Sur la base des dispositions de la RDA qui étaient en vigueur à l'époque des faits, les tribunaux répressifs ont constaté que les requérants s'étaient placés sous le coup de la loi pénale en participant au meurtre de fugitifs. La Cour fédérale de justice a explicitement entériné les conclusions du tribunal régional selon lesquelles les requérants étaient, d'après le droit en question, coupables d'incitation à l'assassinat (articles 2 § 2, alinéa 1, et 112 § 1 du code pénal de la RDA). Ce n'est que dans un second temps que la Cour fédérale de justice a appliqué le droit de la République fédérale d'Allemagne, dans un cas sur le fondement de l'article 315 § 4 de la loi introductive au code pénal combiné avec l'article 9 § 1 du code pénal (droit du lieu (du résultat) de l'infraction), pour le reste sur le fondement de l'article 315 § 1 de la loi introductive au code pénal combiné avec l'article 2 § 3 du code pénal (droit de la RFA moins sévère que celui de la RDA). L'article 103 § 2 de la Loi fondamentale n'exclut ni l'une ni l'autre manière de faire. Pour ce qui est de l'application du droit du lieu de l'infraction, la chambre (*Senat*) a déjà tranché cette question dans sa décision du 15 mai 1995 (...); elle s'en tient à cette décision.

L'article 103 § 2 de la Loi fondamentale, eu égard à sa finalité protectrice, ne met pas obstacle à l'application d'un droit moins sévère que celui qui prévalait à l'époque de l'infraction. La Cour fédérale de justice estime, et c'est là également l'opinion de la doctrine (...), qu'est moins sévère le droit qui, après une comparaison d'ensemble dans un cas donné, apparaît réserver à l'auteur de l'infraction le jugement le plus clément, même si tel ou tel élément d'appréciation peut apparaître moins favorable que dans le cadre de l'autre loi; ce qui est déterminant à cet égard, ce sont les conséquences juridiques de l'infraction. Pareille conclusion est conforme au but protecteur susmentionné de l'article 103 § 2 et ne saurait être contestée sur la base de la Loi fondamentale.»

## 2. *En ce qui concerne le troisième requérant (M. Krenz)*

23. Par un jugement du 25 août 1997, le tribunal régional de Berlin condamna le troisième requérant à six ans et six mois d'emprisonnement, considérant qu'il avait été l'un des auteurs intellectuels d'homicides volontaires, au motif qu'en ayant participé à deux décisions du Bureau politique des 7 juin 1985 et 11 mars 1986 et à deux décisions du Conseil national de la défense des 2 février 1984 et 25 janvier 1985 sur le régime de surveillance de la frontière de la RDA, il était coresponsable de la mort de quatre jeunes gens qui avaient tenté de fuir la RDA de 1984 à 1989 en franchissant la frontière entre les deux Etats allemands. Ces personnes avaient trouvé la mort en succombant aux tirs des gardes-frontière est-allemands.

Il s'agit en particulier des cas suivants :

Le 1<sup>er</sup> décembre 1984, deux gardes-frontière de la RDA tirèrent sur M. Michael-Horst Schmidt, âgé de vingt ans, qui tenta de franchir le mur de Berlin à l'aide d'une échelle, et le touchèrent dans le dos. On omit de lui administrer les premiers secours. Il ne parvint à l'hôpital de la police du peuple de la RDA que deux heures plus tard, alors qu'il avait déjà perdu tout son sang. On félicita les tireurs, regrettant simplement qu'ils aient utilisé autant de munitions.

Le 24 novembre 1986, deux gardes-frontière de la RDA tirèrent sur M. Michael Bittner, âgé de vingt-cinq ans, qui tentait également de franchir le mur de Berlin à l'aide d'une échelle, et l'atteignirent dans le dos. Il perdit l'équilibre, tomba sur le sol et décéda quelques minutes plus tard d'une blessure au cœur, alors qu'il était en train d'être transporté en dehors de la zone-frontière. On décerna une médaille aux tireurs, qui obtinrent quelques jours de congé exceptionnel.

Le 12 février 1987, M. Lutz Schmidt, âgé de vingt-quatre ans, tenta de franchir le mur de Berlin avec son ami, M. Peter Schultze, âgé de trente-quatre ans, au moyen d'une échelle. L'échelle étant trop courte, les deux hommes s'aiderent mutuellement par la main, mais M. Schultze tomba du côté ouest, et M. Schmidt du côté est du mur, où il fut mortellement blessé au cœur par les tirs de deux gardes-frontière de la RDA. On décerna une

médaille aux tireurs, qui obtinrent quelques jours de congé exceptionnel ainsi qu'une prime de 300 marks allemands.

Dans la nuit du 5 au 6 février 1989, MM. Chris Gueffroy et Christian Gaudian, âgés de vingt ans, tentèrent de franchir le mur de Berlin. Le premier fut touché par les tirs d'un garde-frontière de la RDA et décéda sur-le-champ. Le second fut blessé par balles. On félicita les tireurs.

Le tribunal régional condamna d'abord le requérant, sur la base du droit pénal applicable en RDA à l'époque des faits, pour incitation à l'assassinat (articles 22 § 2 (1) et 112 § 1 du StGB-DDR – paragraphe 32 ci-dessous); ce faisant, il s'appuya sur les motifs que le tribunal avait déjà retenus à l'encontre des deux premiers requérants dans son jugement du 16 septembre 1993 (paragraphe 19 ci-dessus). Puis le tribunal régional appliqua le droit pénal de la RFA, plus clément que celui de la RDA, et condamna le requérant en tant qu'auteur intellectuel des homicides volontaires commis (articles 25 et 212 § 1 du StGB – paragraphe 44 ci-dessous).

Par ailleurs, le tribunal régional considéra que le requérant ne pouvait se justifier en invoquant la souveraineté limitée de la RDA due à sa dépendance envers l'Union soviétique, car les obligations découlant d'un pacte d'alliance (*Bündnisverpflichtung*) n'exonéraient pas un individu de sa responsabilité pénale (*strafrechtliche Verantwortung*). Pour le calcul de la peine, le tribunal régional appliqua également le droit pénal de la RFA, plus clément que celui de la RDA.

24. Le 9 avril 1998, le requérant présenta un recours en révision contre ce jugement devant la Cour fédérale de justice, en se prévalant notamment de l'article 103 § 2 de la Loi fondamentale et du principe de non-rétroactivité des lois pénales.

25. Aptès avoir tenu une audience le 27 octobre 1999, la Cour fédérale de justice, par un arrêt du 8 novembre 1999, confirma en tous points le jugement du tribunal régional, en se référant à plusieurs arrêts de principe rendus par elle en la matière, dont notamment celui du 26 juillet 1994 (paragraphe 20 ci-dessus).

Elle releva par ailleurs que le tribunal régional avait minutieusement décrit les instructions qui s'étaient succédées en l'espèce (*Anordnungsketten*), débutant avec les décisions du Bureau politique et du Conseil national de la défense auxquelles le requérant avait participé, puis se poursuivant à travers la chaîne de commandement militaire (*militärische Befehlskette*), et aboutissant aux ordres donnés aux gardes-frontière et au déclenchement des tirs mortels.

26. Le 12 janvier 2000, siégeant en comité de trois juges, la Cour constitutionnelle fédérale refusa de retenir le recours constitutionnel du requérant, en se référant notamment à l'arrêt de principe rendu par elle le 24 octobre 1996 (paragraphe 22 ci-dessus).

## II. LE DROIT INTERNE ET INTERNATIONAL PERTINENT

### A. Le Traité sur l'unification allemande

27. Le Traité sur l'unification (*Einigungsvertrag*) allemande du 31 août 1990, combiné avec la loi relative au traité sur l'unification (*Einigungsvertragsgesetz*) du 23 septembre 1990, prévoit, dans les dispositions transitoires du code pénal (articles 315 à 315c de la loi introductive au code pénal – *Einführungsgesetz in das Strafgesetzbuch*), que le droit applicable est en principe celui du lieu de l'infraction (*Tatortrecht*). Ainsi, pour les actes commis par les citoyens de la RDA sur le territoire de la RDA, le droit applicable est en principe le droit de la RDA. En vertu de l'article 2 § 3 du code pénal, le droit de la RFA ne s'applique que s'il est plus clément que celui de la RDA.

### B. La législation applicable en RDA à l'époque des faits

1. *La Constitution de la RDA dans les versions de 1968 et de 1974, identiques pour les dispositions pertinentes en l'espèce, sauf en ce qui concerne l'article 89 § 2 (voir ci-après)*

28. Les dispositions pertinentes de la Constitution étaient ainsi rédigées :

#### Article 8

«Les règles de droit international public généralement reconnues et visant à promouvoir la paix et la collaboration pacifique entre les peuples lient [*sind verbindlich*] l'autorité étatique et chaque citoyen.»

#### Article 19 § 2

«Le respect et la protection de la dignité et de la liberté de la personnalité [*Persönlichkeit*] s'imposent à tous les organes étatiques, à toutes les forces de la société et à chaque citoyen.»

#### Article 30 §§ 1 et 2

«(1) La personnalité et la liberté de chaque citoyen de la République démocratique allemande sont intouchables.

(2) Des restrictions ne sont autorisées qu'en relation avec des comportements répréhensibles pénalement (...) et doivent être prévues par la loi. Cependant les droits de ces citoyens ne peuvent être restreints que dans la mesure où la loi l'autorise et que cela paraît incontournable [*unumgänglich*].»

#### Article 73

«Le Conseil d'Etat rend les décisions de principe pour les questions de défense et de sécurité du pays. Il organise la défense du pays avec l'aide du Conseil national de défense.»

## Article 89 § 2

(version de 1974; dans la version de 1968, cette phrase figurait à l'article 89 § 3)

« Les règles de droit ne doivent pas contredire la Constitution. »

2. *Le code pénal de la RDA (« le StGB-DDR ») dans les versions de 1968 et de 1979, identiques pour les dispositions pertinentes en l'espèce, sauf en ce qui concerne l'article 213 (voir ci-après)*

29. Le chapitre premier de la partie spéciale (*Besonderer Teil*) du StGB-DDR, intitulé « Crimes contre la souveraineté étatique de la République démocratique allemande, la paix, l'humanité et les droits de l'homme », comprend une introduction ainsi libellée :

« La punition impitoyable des crimes contre la souveraineté étatique de la République démocratique allemande, la paix, l'humanité, les droits de l'homme et des crimes de guerre est une condition indispensable pour un ordre de paix stable dans le monde, pour le rétablissement de la foi dans des droits de l'homme fondamentaux [*Wiederherstellung des Glaubens an grundlegende Menschenrechte*], et dans la dignité et la valeur de la personne humaine, et pour la préservation des droits de chacun. »

30. L'article 95 du StGB-DDR avait la teneur suivante :

« Celui qui agit en violant les droits de l'homme et les droits fondamentaux, les obligations internationales ou la souveraineté étatique de la République démocratique allemande ne peut se prévaloir [*kann sich nicht berufen auf*] de la loi, d'un ordre ou d'une directive; il est pénalement responsable. »

31. L'article 84 du StGB-DDR disposait :

« Les crimes contre la paix, l'humanité ou commis contre les droits de l'homme et les crimes de guerre ne sont pas soumis aux règles de prescription énoncées dans cette loi [déterminant les délais de prescription selon le type d'infractions]. »

32. L'article 112 § 1 du StGB-DDR prévoyait une peine d'emprisonnement allant de dix ans à la perpétuité pour assassinat (*Mord*). L'article 22 § 1 du StGB-DDR visait l'infraction de participation (*Teilnahme*) à une infraction et notamment l'incitation (*Anstiftung*) à en commettre une. L'article 22 § 2 stipulait que la responsabilité pénale était déterminée par la loi définissant l'infraction. Conformément à l'article 82 § 1 (5) du StGB-DDR, le délai de prescription des poursuites pénales était de vingt-cinq ans pour des faits entraînant une peine d'emprisonnement supérieure à dix ans.

33. L'article 119 du StGB-DDR était ainsi rédigé :

« Celui qui, face à un accident ou à une situation mettant en danger la vie ou la santé de personnes, n'apporte pas les secours nécessaires et possibles pour lui, alors qu'il pourrait le faire sans courir lui-même un danger réel pour sa vie ou sa santé et sans en porter la violation d'autres obligations importantes, doit répondre de son comportement devant un organe judiciaire [*gesellschaftliches Organ der Rechtspflege*] ou est

puni d'un blâme public, d'une peine d'amende, d'une condamnation avec sursis ou d'une peine d'emprisonnement de deux années au maximum.»

34. L'article 213 (version de 1979) du StGB-DDR prévoyait ce qui suit :

«(1) Celui qui franchit de manière illégale la frontière étatique de la République démocratique allemande ou qui méconnaît des dispositions réglant le séjour limité dans la République démocratique allemande ainsi que le passage en transit en République démocratique allemande, est puni d'une peine privative de liberté pouvant aller jusqu'à deux ans, d'une condamnation avec sursis et mise à l'épreuve, d'une peine d'emprisonnement ou d'une peine d'amende.

(...)

(3) Dans des cas graves, l'auteur de l'infraction est condamné à une peine d'emprisonnement allant de un à huit ans. Les cas sont considérés comme graves notamment lorsque

1. l'action [*die Tat*] met en danger la vie ou la santé de personnes ;
2. l'action est accomplie à l'aide d'armes à feu ou en se servant de moyens ou de méthodes dangereux ;
3. l'action est menée avec une intensité particulière ;
4. l'action est accomplie par usage de faux en écriture [*Urkundenfälschung*], de fausse certification [*Falschbeurkundung*] ou par l'usage frauduleux de documents ou par l'utilisation d'une cachette [*Versteck*] ;
5. l'action est commise conjointement avec d'autres ;
6. l'auteur de l'infraction a déjà été condamné pour franchissement illégal de la frontière.

(4) La préparation et la tentative sont répréhensibles pénalement.»

35. L'article 1 § 3 du second chapitre du StGB-DDR, qui définit la notion de crime (*Verbrechen*), était ainsi rédigé :

«Sont considérés comme crimes les attaques, représentant un danger pour la société [*gesellschaftsfährliche Angriffe*], contre la souveraineté de la République démocratique allemande, la paix, l'humanité et les droits de l'homme, les crimes de guerre et les infractions commises contre la République démocratique allemande ainsi que les atteintes délibérées à la vie [*vorsätzlich begangene Straftaten gegen das Leben*]. Sont également considérées comme crimes d'autres infractions commises délibérément, et représentant un danger pour la société, contre les droits et les intérêts des citoyens, contre la propriété socialiste et d'autres droits et intérêts de la société, qui constituent des violations graves de la légalité socialiste et qui sont passibles de ce fait d'une peine d'emprisonnement d'au moins deux ans ou qui, dans les limites des peines applicables, ont entraîné l'infliction d'une peine d'emprisonnement de plus de deux ans.»

36. L'article 258 du StGB-DDR avait la teneur suivante :

«(1) Un militaire n'est pas responsable pénalement pour une action qu'il accomplit en obéissant à l'ordre d'un supérieur, à moins que l'exécution de l'ordre méconnaisse manifestement les normes reconnues du droit international public ou les lois pénales.



(2) Si l'exécution d'un ordre par un subordonné méconnaît manifestement les normes reconnues de droit international public ou une loi pénale, le supérieur qui a donné cet ordre est également responsable pénalement.

(3) Le refus ou la non-exécution d'un ordre dont l'exécution aurait méconnu les normes de droit international public ou les lois pénales n'entraîne pas de responsabilité pénale.»

### 3. *La loi sur la police du peuple de la RDA de 1968*

37. L'article 17 de la loi sur la police du peuple, entrée en vigueur le 11 juin 1968, disait ceci :

« (...)

(2) L'utilisation de l'arme à feu est justifiée

a) pour empêcher la perpétration imminente ou la continuation d'une infraction [*Straftat*] qui, en fonction des circonstances, pourrait constituer

– un crime [*Verbrechen*] contre la souveraineté de la République démocratique allemande, la paix, l'humanité et les droits de l'homme

– un crime contre la République démocratique allemande

– un crime contre la personnalité [*Persönlichkeit*]

– un crime contre la sécurité publique ou contre l'ordre étatique

– un autre crime, qui doit notamment être commis ou exécuté à l'aide d'armes à feu ou d'explosifs

b) pour empêcher la fuite ou pour la réarrestation [*Wiedergreifung*] de personnes

– sur lesquelles pèsent de forts soupçons d'avoir commis un crime ou qui avaient été arrêtées ou incarcérées pour avoir commis un crime

– sur lesquelles pèsent de forts soupçons d'avoir commis un délit [*Vergehen*] ou qui avaient été arrêtées, incarcérées ou condamnées à une peine privative de liberté pour avoir commis un délit, et s'il existe des indices quant à l'utilisation d'armes à feu ou d'explosifs ou que la fuite est organisée d'une autre manière avec violence ou en agressant les personnes chargées de leur arrestation, incarcération, ou surveillance ou que la fuite est organisée conjointement avec d'autres

– qui ont été condamnées à une peine privative de liberté et incarcérées dans une maison d'arrêt sévère ou ordinaire

c) contre des personnes qui avaient tenté [de] ou aidé à libérer par la violence des personnes arrêtées, incarcérées ou condamnées à une peine privative de liberté pour avoir commis des délits ou des crimes.

(3) L'utilisation de l'arme à feu doit être annoncée par une sommation [*Zuruf*] ou par un tir de semonce [*Warnschuss*], à moins que le danger imminent ne puisse être empêché ou écarté que par l'utilisation ciblée de l'arme à feu.

(4) Lors de l'utilisation de l'arme à feu, il convient si possible de préserver la vie humaine. Du moment que l'intervention policière le permet, il convient d'apporter les

premiers secours aux personnes blessées tout en prenant les mesures de sécurité nécessaires.

(5) L'arme à feu ne doit pas être utilisée, lorsque les personnes paraissent, d'après leur aspect extérieur, être des enfants. Il en va de même lorsque des personnes extérieures peuvent être mises en danger. Il convient si possible d'éviter l'utilisation d'armes à feu contre des jeunes [*Jugendliche*] et des personnes de sexe féminin.

(...)

En vertu de l'article 20 § 3 de cette même loi, ces dispositions s'appliquaient également aux membres de l'Armée nationale du peuple.

#### 4. La loi sur la frontière de la RDA de 1982

38. L'article 27 de la loi sur la frontière, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 1982, et remplaçant la loi sur la police du peuple de 1968, était ainsi libellé :

« (1) L'utilisation de l'arme à feu constitue l'ultime recours à la violence contre des personnes. L'arme à feu ne doit être utilisée que dans les cas où l'action corporelle [*körperliche Einwirkung*], avec ou sans l'utilisation de moyens supplémentaires, est restée sans succès ou ne présente aucune chance de succès. L'utilisation d'armes à feu contre des personnes n'est permise que si des tirs contre des objets ou des animaux ne remplissent pas leur objectif.

(2) L'utilisation de l'arme à feu est justifiée pour empêcher la perpétration imminente ou la continuation d'une infraction [*Straftat*], qui pourrait constituer un crime [*Verbrechen*] en fonction des circonstances. Elle est également justifiée pour arrêter une personne sur laquelle pèsent de forts soupçons d'avoir commis un crime.

(3) L'utilisation de l'arme à feu doit être annoncée en principe par une sommation ou un tir de semonce, à moins qu'un danger imminent ne puisse être empêché ou écarté que par l'utilisation ciblée de l'arme à feu.

(4) L'arme à feu ne doit pas être utilisée, lorsque

- la vie ou la santé de personnes extérieures peuvent être mises en danger,
- les personnes paraissent, d'après leur aspect extérieur, être des enfants,
- les tirs toucheraient le territoire d'un autre Etat.

Il convient si possible d'éviter l'utilisation d'armes à feu contre des jeunes [*Jugendliche*] et des personnes de sexe féminin.

(5) Lors de l'utilisation de l'arme à feu, il convient si possible de préserver la vie humaine. Il convient d'apporter les premiers secours aux personnes blessées tout en prenant les mesures de sécurité nécessaires.»

#### 5. Les dispositions légales sur la délivrance de passeports et de visas en RDA

39. En vertu des dispositions légales sur la délivrance de passeports et de visas en RDA (loi sur les passeports – *Passgesetz* – de 1963 et loi sur les passeports et ordonnance sur les passeports et les visas du 28 juin 1979,

complétées par l'ordonnance du 15 février 1982 – *Passgesetz und Pass- und Visaanordnung vom 28. Juni 1979, ergänzt durch die Anordnung vom 15. Februar 1982*), il n'existait jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 1989 aucune possibilité pour des personnes qui n'étaient pas privilégiées politiquement et qui n'avaient pas atteint l'âge de la retraite, quelques affaires familiales urgentes mises à part, de quitter légalement la RDA.

Les décisions sur les demandes de départ n'avaient pas besoin d'être motivées jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 1989, en vertu de l'article 17 de l'ordonnance du 28 juin 1979, et il n'existait aucune voie de recours contre elles jusqu'à l'adoption de l'ordonnance sur les visas du 30 novembre 1988.

### C. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques

#### 1. Dispositions pertinentes

40. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté dans le cadre des Nations unies, a été ratifié par la RDA le 8 novembre 1974 (paragraphe 20 ci-dessus).

Les dispositions pertinentes de ce texte sont ainsi libellées :

#### Article 6 §§ 1 et 2

« 1. Le droit à la vie est inhérent à la vie humaine. Ce droit doit être protégé par la loi. Nul ne peut être arbitrairement privé de sa vie.

2. Dans les pays où la peine de mort n'a pas été abolie, une sentence de mort ne peut être prononcée que pour les crimes les plus graves, conformément à la législation en vigueur au moment où le crime a été commis et qui ne doit pas être en contradiction avec les dispositions du présent Pacte ni avec la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. Cette peine ne peut être appliquée qu'en vertu d'un jugement définitif rendu par un tribunal compétent. »

#### Article 12 §§ 2 et 3

« 2. Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien.

3. Les droits mentionnés ci-dessus ne peuvent être l'objet de restrictions que si celles-ci sont prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et compatibles avec les autres droits reconnus par le présent Pacte. »

#### 2. Pratique des Nations unies

41. Avant la réunification de l'Allemagne, plusieurs membres du Comité des droits de l'homme des Nations unies, chargé en vertu de l'article 28 du pacte de veiller au respect de leurs obligations par les Etats contractants, ont formulé des critiques à l'encontre du régime de surveillance de la frontière mis en place en RDA.

Les comptes rendus des séances (n<sup>os</sup> 533 et 534) du Comité des droits de l'homme font état, entre autres critiques, des interventions suivantes :

Le 19 juillet 1984, Sir Vincent Evans, membre britannique du Comité, considéra que

« S'agissant des armes à tir automatique placées le long de la frontière, l'article 6 § 2 du Pacte n'autorisait la peine de mort que pour les « crimes les plus graves ». En aucun cas on ne pouvait considérer la tentative de franchir une frontière, même illégalement, comme un crime des plus graves. La mort donnée dans ces circonstances n'était autre qu'une exécution sommaire sans jugement, pratique injustifiable en vertu de l'article 6. »

Par ailleurs, Sir Vincent n'était pas convaincu que

« la République démocratique allemande respectait strictement les dispositions de l'article 12 du Pacte. Chacun avait la liberté fondamentale de quitter son pays; le paragraphe 3 de l'article 12 prévoyait certaines restrictions, mais pour trois motifs seulement. Or le principe fondamental qui permettait de décider si telle ou telle personne pouvait quitter la RDA était l'incidence de son départ sur les droits et intérêts de son pays; or cela semblait bien large au regard du paragraphe 3 de l'article 12 ».

De même, M. Birame Ndiaye, membre sénégalais du Comité, estima le même jour

« que le gouvernement de la République démocratique allemande envisageait de restreindre la liberté de circulation pour d'autres motifs que ceux que prévoyait l'article 12 du Pacte ».

42. Par la Résolution 1503, adoptée en 1970, le Conseil économique et social des Nations unies avait instauré une procédure permettant aux individus de saisir la Commission des droits de l'homme, qui fut chargée d'examiner si les plaintes concernées révélaient l'existence d'un « ensemble de violations flagrantes et systématiques, dont on a des preuves dignes de foi, des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

En raison de sa politique restrictive en matière de liberté de circulation, la RDA fit l'objet de nombreuses critiques, sous la procédure instaurée par la Résolution 1503, au regard de l'obligation générale de respecter les droits de l'homme, inscrite aux articles 1 § 3, 55 et 56 de la Charte des Nations unies. Ainsi la RDA figurait dans les années 1981-1983 sur la liste des pays examinés sous l'angle de la procédure selon la Résolution 1503, car plus de cinquante personnes (condition requise pour pouvoir parler d'un « ensemble de violations flagrantes et systématiques ») avaient saisi la Commission des droits de l'homme pour se plaindre de la politique d'enfermement de la population pratiquée en RDA. Cependant, cette dernière autorisa certaines de ces personnes à quitter son territoire, ce qui ramena le nombre des requérants en dessous du nombre requis de cinquante et lui évita une condamnation.

#### **D. La législation applicable en RFA à l'époque des faits**

43. L'article 103 de la Loi fondamentale (*Grundgesetz*) énonce en son paragraphe 2 :

«Un acte ne peut être puni que si la loi le déclare punissable avant qu'il ait été commis.»

44. L'article 212 du code pénal de la RFA («le StGB») prévoit une peine d'emprisonnement pouvant aller de cinq ans à la perpétuité, dans des cas particulièrement graves, pour homicide volontaire (*Totschlag*). L'article 25 du StGB considère comme auteur de l'infraction la personne qui a elle-même commis l'infraction ou qui a fait agir quelqu'un à sa place (*mittelbare Täterschaft*).

### III. LA RÉSERVE DE LA RFA À L'ARTICLE 7 § 2 DE LA CONVENTION

45. L'instrument de ratification de la Convention, déposé par le gouvernement allemand le 13 novembre 1952, contient notamment une réserve et une déclaration ainsi libellées :

«Conformément à l'article 64 de la Convention [devenu l'article 57 après l'entrée en vigueur du Protocole n° 11], la République fédérale d'Allemagne fait la réserve qu'elle n'appliquera la disposition de l'article 7, alinéa 2, de la Convention que dans les limites de l'article 103, alinéa 2, de la Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne. Cette dernière disposition stipule: un acte ne peut être puni que si la loi le déclare punissable avant qu'il ait été commis.

Le territoire d'application de la Convention s'étend également à Berlin-Ouest.»

## EN DROIT

### I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 7 § 1 DE LA CONVENTION

46. Les requérants soutiennent que les actions qui leur ont été reprochées ne constituaient pas, au moment où elles avaient été commises, des infractions d'après le droit de la RDA ou le droit international, et que leur condamnation par les juridictions allemandes constituait donc une violation de l'article 7 § 1 de la Convention, qui dispose :

«Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise.»

#### A. Thèses des comparants

##### 1. Les requérants

47. D'après les requérants, les condamnations prononcées à leur encontre après la réunification n'étaient pas prévisibles, et ils n'ont

d'ailleurs jamais été poursuivis en RDA. Même les juridictions allemandes auraient reconnu que la raison pour laquelle ils n'ont pas été poursuivis à l'époque des faits était que les actions qui leur étaient reprochées ne constituaient pas des infractions d'après le droit pénal de la RDA, vu le libellé de l'article 27 § 2 de la loi sur la frontière de la RDA. L'interprétation *a posteriori* du droit pénal de la RDA par les juridictions de l'Allemagne réunifiée ne reposerait sur aucune jurisprudence des tribunaux de la RDA et aurait été impossible à prévoir pour les requérants au moment des faits. Il se serait ainsi agi non pas d'un développement graduel dans l'interprétation du droit de la RDA, mais de la négation totale des faits justificatifs invoqués par les requérants, négation fondée sur le motif que ces justifications étaient contraires à la Loi fondamentale de la RFA (formule de Radbruch sur « l'illicéité légale » – *Radbruch'sche Formel des «gesetzlichen Unrechts»*). Par ailleurs, l'instauration du régime de surveillance de la frontière aurait été indispensable pour préserver l'existence de la RDA.

Si les requérants considèrent tous avoir agi conformément au droit de la RDA, le troisième requérant soutient en particulier qu'au moment où il est devenu membre du Bureau politique et du Conseil national de la défense, en 1983, ce dernier avait décidé de démonter les mines antipersonnel et les systèmes de tir automatique. Il n'aurait donc été condamné que pour l'utilisation des armes à feu par les gardes-frontière. Cependant, même cette condamnation aurait été injustifiée dans la mesure où le requérant n'aurait participé à aucune réunion du Bureau politique ou du Conseil national de la défense au cours de laquelle l'ordre exprès de tirer à la frontière avait été donné.

Les requérants allèguent ensuite que les actions litigieuses ne constituaient pas davantage des infractions d'après le droit international. En ce qui concerne le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ratifié par la RDA, ils rappellent qu'aucune instance internationale n'a condamné la RDA pour la violation de ses dispositions et que, même si tel avait été le cas, il y aurait une distinction fondamentale à faire entre la responsabilité d'un Etat au regard du droit international, d'une part, et la responsabilité pénale d'un individu d'après le droit pénal national, de l'autre. Par ailleurs, dans la majorité des Etats, l'accès à la frontière serait interdit ou strictement réglementé et l'utilisation des armes à feu par les gardes-frontière autorisée si les personnes interpellées n'obtempéraient pas aux sommations.

## 2. Le Gouvernement

48. Le Gouvernement considère que les requérants, en tant que dirigeants de la RDA, pouvaient facilement se rendre compte que le régime de surveillance de la frontière de la RDA, dans sa perfection et

dans l'utilisation sans merci des armes à feu, touchait des personnes à qui une administration, qui refusait de manière constante et sans motif aux citoyens de la RDA l'autorisation de se rendre en RFA et notamment à Berlin-Ouest, avait interdit de quitter la RDA. Il leur aurait dès lors été possible de prévoir que le meurtre de fugitifs, qui n'étaient pas armés et qui ne menaçaient personne, pouvait être pénalement poursuivi en vertu des dispositions légales, nonobstant la pratique contraire suivie par le régime en RDA. En particulier, il aurait été prévisible pour chacun qu'en cas de changement de régime en RDA, ces faits pouvaient constituer des infractions pénales, en raison des liens familiaux et autres qui transcendaient la frontière de l'Allemagne partagée.

Le Gouvernement estime que les juridictions allemandes ont interprété le droit de la RDA de manière légitime. Si elles avaient correctement appliqué leurs propres dispositions légales pertinentes, en tenant compte des obligations internationales de la RDA à la suite de la ratification du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ainsi que des principes généraux en matière de droits de l'homme, dont notamment la protection du droit à la vie, les autorités de la RDA auraient dû parvenir à la même interprétation. La question de savoir si le Pacte international avait été transposé en droit interne ou non en RDA serait sans importance à cet égard.

## B. Appréciation de la Cour

### 1. Principes généraux

49. La Cour rappelle tout d'abord les principes fondamentaux qui se dégagent de sa jurisprudence relative à l'interprétation et l'application du droit interne.

Si, aux termes de l'article 19 de la Convention, la Cour a pour tâche d'assurer le respect des engagements résultant de la Convention pour les Etats contractants, il ne lui appartient pas de connaître des erreurs de fait ou de droit prétendument commises par une juridiction, sauf si et dans la mesure où elles pourraient avoir porté atteinte aux droits et libertés sauvegardés par la Convention (voir, parmi beaucoup d'autres, l'arrêt *Schenk c. Suisse* du 12 juillet 1988, série A n° 140, p. 29, § 45).

De plus, il incombe au premier chef aux autorités nationales, et singulièrement aux cours et tribunaux, d'interpréter et d'appliquer le droit interne (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Kopp c. Suisse* du 25 mars 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-II, p. 541, § 59).

50. Elle rappelle ensuite les principes fondamentaux qui se dégagent de sa jurisprudence relative à l'article 7 de la Convention et notamment de ses arrêts *S.W. et C.R. c. Royaume-Uni* du 22 novembre 1995 (série A n°s 335-B et 335-C, pp. 41-42, §§ 34-36, et pp. 68-69, §§ 32-34, respectivement) :

«La garantie que consacre l'article 7, élément essentiel de la prééminence du droit, occupe une place primordiale dans le système de protection de la Convention, comme l'atteste le fait que l'article 15 n'y autorise aucune dérogation en temps de guerre ou autre danger public. Ainsi qu'il découle de son objet et de son but, on doit l'interpréter et l'appliquer de manière à assurer une protection effective contre les poursuites, les condamnations et sanctions arbitraires.

Comme la Cour l'a dit dans son arrêt *Kokkinakis c. Grèce* du 25 mai 1993 (série A n° 260-A, p. 22, § 52), l'article 7 ne se borne donc pas à prohiber l'application rétroactive du droit pénal au désavantage de l'accusé : il consacre aussi, de manière plus générale, le principe de la légalité des délits et des peines (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) et celui qui commande de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au désavantage de l'accusé, notamment par analogie. Il en résulte qu'une infraction doit être clairement définie par la loi. Dans son arrêt précité, la Cour a ajouté que cette condition se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale. La Cour a donc indiqué que la notion de « droit » (« *law* ») utilisée à l'article 7 correspond à celle de « loi » qui figure dans d'autres articles de la Convention, notion qui englobe le droit écrit comme non écrit et implique des conditions qualitatives, entre autres celles d'accessibilité et de prévisibilité ((...) arrêt *Tolstoy Miloslavsky c. Royaume-Uni* du 13 juillet 1995, série A n° 316-B, pp. 71-72, § 37).

Aussi clair que le libellé d'une disposition légale puisse être, dans quelque système juridique que ce soit, y compris le droit pénal, il existe inmanquablement un élément d'interprétation judiciaire. Il faudra toujours élucider les points douteux et s'adapter aux changements de situation. D'ailleurs il est solidement établi dans la tradition juridique (...) des (...) Etats parties à la Convention que la jurisprudence, en tant que source du droit, contribue nécessairement à l'évolution progressive du droit pénal. On ne saurait interpréter l'article 7 de la Convention comme proscrivant la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre, à condition que le résultat soit cohérent avec la substance de l'infraction et raisonnablement prévisible.»

## 2. Application de ces principes à l'espèce

51. A la lumière de ces principes relatifs à l'étendue du contrôle de la Cour, il n'appartient pas à cette dernière de se prononcer sur la responsabilité pénale individuelle des requérants, cette appréciation incombant en premier lieu aux juridictions internes, mais d'examiner sous l'angle de l'article 7 § 1 de la Convention si, au moment où elles ont été commises, les actions des requérants constituaient des infractions définies avec suffisamment d'accessibilité et de prévisibilité par le droit de la RDA ou le droit international.

52. A cet égard, elle note qu'une particularité de la présente affaire réside dans le fait qu'elle se situe dans le cadre de la succession de deux Etats régis par des systèmes de droit différents, et qu'après la réunification les juridictions allemandes ont condamné les requérants pour des crimes qu'ils avaient commis en leur qualité de dirigeants de la RDA.



**a) Le droit national**

*i. Base légale des condamnations*

53. La Cour relève que les juridictions allemandes ont d'abord condamné les requérants sur la base du droit pénal applicable en RDA à l'époque des faits, pour incitation à l'assassinat, en se fondant sur les articles 22 § 2 et 112 § 1 du code pénal de la RDA – «le StGB-DDR» (paragraphe 32 ci-dessus). Après avoir écarté les faits justificatifs avancés par les requérants – fondés sur le droit et la pratique de la RDA – elles ont considéré qu'en raison des fonctions très élevées que ces derniers exerçaient au sein de l'appareil étatique de la RDA, ils étaient coresponsables de la mort de plusieurs personnes, âgées de dix-huit à vingt-huit ans, qui avaient tenté de quitter la RDA de 1971 à 1989 en franchissant la frontière entre les deux États allemands. Puis elles ont appliqué le droit pénal de la RFA, plus clément que celui de la RDA, en condamnant les requérants en tant qu'auteurs intellectuels d'homicides volontaires, sur le fondement des articles 25 et 212 du code pénal de la RFA, à des peines d'emprisonnement de cinq ans et demi, sept ans et demi et six ans et demi, respectivement (paragrapes 19, 20, 23 et 25 ci-dessus).

54. Les juridictions allemandes ont ainsi appliqué le principe, formulé dans le Traité sur l'unification allemande du 31 août 1990 et dans la loi d'application de ce traité, du 23 septembre 1990, selon lequel, pour les actes commis par des citoyens de la RDA sur le territoire de celle-ci, le droit applicable est celui de la RDA, le droit de la RFA ne trouvant application que s'il est plus clément (*lex mitius*) (paragraphe 27 ci-dessus).

55. La condamnation des requérants trouvait donc sa base légale dans le droit pénal de la RDA applicable à l'époque des faits, et les peines correspondaient en principe à celles prévues dans les dispositions pertinentes de la législation de la RDA; les peines prononcées à l'encontre des requérants leur étaient même inférieures, grâce au principe d'application du droit le plus clément, qui était celui de la RFA.

*ii. Faits justificatifs tirés du droit de la RDA*

56. Cependant, les requérants soutiennent qu'en vertu des faits justificatifs tirés des articles 17 § 2 de la loi sur la police et 27 § 2 de la loi sur la frontière combinés avec l'article 213 du StGB-DDR (paragrapes 34, 37 et 38 ci-dessus) ils avaient agi conformément au droit de la RDA et qu'ils n'avaient d'ailleurs jamais été poursuivis à ce titre dans ce pays.

57. La notion de «droit» inscrite à l'article 7 § 1 de la Convention comprenant en principe le droit aussi bien écrit que non écrit, la Cour doit se pencher d'abord sur les règles pertinentes du droit écrit de la RDA, avant d'examiner si l'interprétation donnée à ces règles par les juridictions

allemandes a été conforme à l'article 7 § 1. A cet égard, elle devra également analyser, au regard de cette disposition, la nature de la pratique étatique qui, en RDA, se superposait à ces règles à l'époque des faits.

58. Les événements en question s'étant déroulés de 1971 à 1989, les règles du droit écrit applicables à l'époque des faits étaient notamment le code pénal dans ses versions de 1968 et de 1979, la loi sur la police du peuple de 1968, suivie de la loi sur la frontière de 1982, et la Constitution de la RDA dans ses versions de 1968 et de 1974.

59. Il est vrai que l'article 17 § 2 de la loi sur la police ainsi que l'article 27 § 2 de la loi sur la frontière justifiaient l'utilisation de l'arme à feu « pour empêcher la perpétration imminente ou la continuation d'une infraction, qui pourrait constituer un crime en fonction des circonstances » ou « pour arrêter une personne sur laquelle pesaient de forts soupçons d'avoir commis un crime ». La notion de crime était précisée à l'article 213 § 3 du StGB-DDR, qui identifiait les cas de franchissement illégal de la frontière considérés comme graves : notamment lorsque l'action « met en danger la vie ou la santé de personnes », qu'elle « est effectuée à l'aide d'armes à feu ou en se servant de moyens ou de méthodes dangereux », qu'elle « est menée avec une intensité particulière » ou qu'elle « est commise conjointement avec d'autres ».

60. Les articles 17 de la loi sur la police et 27 de la loi sur la frontière énuméraient donc de manière limitative les conditions dans lesquelles l'utilisation de l'arme à feu était autorisée et précisaient en outre, en leurs paragraphes 4 et 5 respectivement, que « lors de l'utilisation de l'arme à feu, il convient si possible de préserver la vie humaine » et qu'il « convient d'apporter les premiers secours aux personnes blessées ». L'article 27 disposait en son paragraphe premier que « l'utilisation de l'arme à feu constitue l'ultime recours à la violence contre des personnes » et, en son paragraphe 4, « qu'il convient si possible d'éviter l'utilisation de l'arme à feu contre des jeunes [*Jugendliche*] ». Par ailleurs, l'article 119 du StGB-DDR sanctionnait la non-assistance à des personnes en danger (paragraphe 33 ci-dessus).

61. Ces dispositions, qui incluaient donc expressément le principe de proportionnalité et celui de la nécessité de préserver la vie humaine, doivent également être lues à la lumière des principes inscrits dans la Constitution de la RDA elle-même. Celle-ci disposait en son article 89 § 2 que « les règles de droit ne doivent pas contredire la Constitution », en son article 19 § 2 que « [l]e respect et la protection de la dignité et de la liberté de la personnalité s'imposent à tous les organes étatiques, à toutes les forces de la société et à chaque citoyen » et enfin, en son article 30 §§ 1 et 2, que « [l]a personnalité et la liberté de chaque citoyen de la République démocratique allemande sont intouchables » et que « (...) les droits [d]es citoyens ne peuvent être restreints que dans la mesure où la loi l'autorise et que cela paraît incontournable [*unumgänglich*] » (paragraphe 28 ci-dessus).

62. Par ailleurs, le code pénal de la RDA, au chapitre premier de sa partie spéciale, indiquait que «[l]a punition impitoyable des crimes contre (...) la paix, l'humanité, les droits de l'homme (...) est une condition indispensable pour un ordre de paix stable dans le monde, pour le rétablissement de la foi dans des droits de l'homme fondamentaux [*Wiederherstellung des Glaubens an grundlegende Menschenrechte*], et dans la dignité et la valeur de la personne humaine, et pour la préservation des droits de chacun» (paragraphe 29 ci-dessus).

63. Or en l'espèce les juridictions allemandes ont condamné les requérants pour leur responsabilité dans la mort de plusieurs individus qui avaient tenté de franchir la frontière entre les deux Etats allemands, souvent à l'aide de moyens très rudimentaires, en se servant d'échelles par exemple. Ils étaient pour la plupart très jeunes (le plus jeune avait dix-huit ans, quatre d'entre eux n'avaient que vingt ans), n'étaient pas armés, ne constituaient une menace pour personne et leur seul but était de quitter la RDA, car il était presque impossible à l'époque, pour le simple citoyen, à l'exception des retraités ou de rares privilégiés, de quitter la RDA par des moyens légaux (voir les dispositions sur la délivrance de passeports et de visas en RDA, paragraphe 39 ci-dessus). Leurs tentatives de franchir la frontière, même si elles étaient proscrites par le droit de la RDA, ne sauraient dès lors être qualifiées de crimes, car aucune d'entre elles n'entraînait dans la catégorie des infractions qualifiées de graves au sens de l'article 213 § 3 du code pénal de la RDA.

64. A la lumière des principes mentionnés ci-dessus inscrits dans la Constitution et dans les autres textes légaux de la RDA, la Cour estime donc que la condamnation des requérants par les juridictions allemandes, qui avaient interprété et appliqué ces dispositions aux cas d'espèce, ne paraît à première vue ni arbitraire ni contraire à l'article 7 § 1 de la Convention.

65. Certes, les juridictions allemandes ont eu des approches différentes quant à l'interprétation des faits justificatifs invoqués par les requérants sur le fondement notamment de l'article 27 § 2 de la loi sur la frontière de la RDA.

Ainsi le tribunal régional de Berlin a considéré que ces faits justificatifs étaient inopérants car ils méconnaissaient de manière flagrante et insupportable «les principes élémentaires de justice et la protection internationale des droits de l'homme» (paragraphe 19 et 23 ci-dessus).

La Cour fédérale de justice, de son côté, a jugé qu'une interprétation correcte de l'article 27 § 2 de la loi sur la frontière de la RDA aurait déjà à l'époque des faits permis de conclure que l'on ne saurait se référer à ces faits justificatifs, eu égard aux limites fixées par la loi elle-même, et à la lumière de la Constitution de la RDA et des obligations de celle-ci en droit international public (paragraphe 20 et 25 ci-dessus).

Enfin, la Cour constitutionnelle fédérale a estimé que «[d]ans cette situation tout à fait particulière, l'exigence de justice objective, qui

englobe également le respect des droits de l'homme reconnus par la communauté internationale, interdit l'application de pareils faits justificatifs. La protection absolue de la confiance garantie par l'article 103 § 2 de la Loi fondamentale doit alors céder le pas, sans quoi le système de la justice pénale de la République fédérale entrerait en contradiction avec les prémisses de l'Etat de droit » (paragraphe 22 et 26 ci-dessus).

66. Cependant, l'interprétation et l'application du droit interne incombant en premier lieu aux juridictions internes, il n'appartient pas à la Cour de se prononcer sur ces approches différentes, qui démontrent la complexité de l'affaire sur le plan juridique. Il lui suffit de s'assurer que le résultat auquel sont parvenues les juridictions allemandes était en conformité avec la Convention, en l'occurrence, avec l'article 7 § 1 de celle-ci.

*iii. Faits justificatifs tirés de la pratique étatique de la RDA*

67. La notion de « droit » inscrite à l'article 7 § 1 comprenant aussi le droit non écrit, la Cour doit également, avant d'approfondir l'analyse, se pencher sur la nature de la pratique étatique de la RDA qui se superposait aux règles du droit écrit à l'époque des faits.

68. Dans ce contexte, il convient de relever qu'à l'époque des faits, aucun des requérants n'avait été poursuivi pour ces crimes en RDA. Cette absence de poursuites résultait du fait qu'aux principes inscrits dans la Constitution et les textes légaux de la RDA, très proches de ceux d'un Etat de droit, s'opposait la pratique répressive du régime de surveillance de la frontière mis en place en RDA et des ordres donnés pour en assurer la protection.

69. En effet, pour contenir le flux incessant de fugitifs, la RDA érigea le mur de Berlin le 13 août 1961 et renforça tous les dispositifs de sécurité le long de la frontière entre les deux Etats allemands par des mines antipersonnel et des systèmes de tir automatique. Ces mesures se doublaient de l'ordre donné aux gardes-frontière « de ne pas permettre les franchissements de frontière, d'arrêter ceux qui violent la frontière [*Grenzverletzer*] ou de les anéantir [*vernichten*] et d'assurer la protection de la frontière étatique à tout prix ». En cas de franchissement réussi, les gardes-frontière devaient s'attendre à l'ouverture d'une enquête par le procureur militaire; dans le cas contraire, à des félicitations (paragraphe 19 et 23 ci-dessus).

70. Comme l'ont constaté les juridictions allemandes, ces mesures et ordres avaient été sans conteste décidés par les organes directeurs de la RDA mentionnés à l'article 73 de la Constitution de la RDA (paragraphe 28 ci-dessus), le Conseil d'Etat et le Conseil national de la défense, dont les requérants faisaient partie: le premier requérant (M. Streletz) faisait partie du Conseil national de la défense depuis 1971, le deuxième (M. Kessler) depuis 1967; le troisième (M. Krenz) était

membre du Comité central du parti depuis 1973, du Conseil d'Etat depuis 1981 et du Conseil national de la défense depuis 1983.

71. Ainsi le but de cette pratique étatique, mise en œuvre par les requérants, avait été de protéger «à tout prix» la frontière entre les deux Etats allemands afin de préserver l'existence de la RDA, menacée par l'exode massif de sa propre population.

72. La Cour souligne toutefois que la raison d'Etat ainsi invoquée doit trouver ses limites dans les principes énoncés par la Constitution et les textes légaux de la RDA elle-même; elle doit surtout respecter la nécessité de préserver la vie humaine, inscrite dans la Constitution, la loi sur la police du peuple et la loi sur la frontière de la RDA, compte tenu du fait que le droit à la vie était, déjà à l'époque des faits, la valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme sur le plan international (paragraphe 94 ci-dessous).

73. D'après la Cour, le recours aux mines antipersonnel et à des installations de tir automatique, vu leur effet automatique et aveugle, de même que le caractère absolu des ordres donnés aux gardes-frontière «d'anéantir ceux qui violent la frontière et d'assurer la protection de la frontière à tout prix», étaient en flagrante violation des droits fondamentaux ancrés aux articles 19 et 30 de la Constitution de la RDA, droits essentiellement confirmés par le code pénal de la RDA (article 213) et les législations successives sur la frontière de la RDA (articles 17 § 2 de la loi sur la police de 1968 et 27 § 2 de la loi sur la frontière de 1982). Cette pratique étatique était également en violation de l'obligation de respecter les droits de l'homme et les autres obligations internationales de la RDA, qui, le 8 novembre 1974, avait ratifié le Pacte international relatif aux droits civils et politiques reconnaissant expressément le droit à la vie et à la liberté de circulation (paragraphe 40 ci-dessus), eu égard au fait qu'il était presque impossible pour le simple citoyen de quitter la RDA par des moyens légaux. Même si le recours aux mines antipersonnel et à des installations de tir automatique avait cessé aux alentours de 1984, les ordres impartis aux gardes-frontière sont restés les mêmes jusqu'à la chute du mur de Berlin en novembre 1989.

74. En outre, la Cour relève que les requérants se prévalent, comme justification, de l'ordre de tirer qu'ils ont eux-mêmes impartit aux gardes-frontière et de la pratique consécutive, qui ont conduit à leur condamnation. Or, d'après les principes généraux du droit, on ne peut se fonder, pour justifier un comportement ayant abouti à une condamnation, sur la seule constatation qu'un tel comportement a eu lieu et, de ce fait, a formé une pratique.

75. Par ailleurs, indépendamment de la responsabilité étatique de la RDA, le caractère criminel des actions des requérants en tant qu'individus résultait de l'article 95 du StGB-DDR, qui prévoyait déjà dans sa version de 1968, reprise en 1979, que «[c]elui qui agit en violant les droits de

l'homme et les droits fondamentaux (...) ne peut se prévaloir de la loi, d'un ordre ou d'une directive; il est pénalement responsable» (paragraphe 30 ci-dessus).

76. Il est ainsi hors de doute que les actes en question étaient imputables aux requérants à titre individuel.

*iv. Prévisibilité des condamnations*

77. Les requérants objectent toutefois, vu les réalités en RDA, que leur condamnation par les juridictions allemandes n'avait pas été prévisible et qu'il était absolument impossible pour eux de prévoir qu'ils seraient amenés un jour, par un retournement de situation, à devoir rendre des comptes sur le plan pénal.

78. Cet argument ne saurait convaincre. Le clivage qui a séparé la législation de la RDA de la pratique de celle-ci était largement l'œuvre des requérants eux-mêmes. En raison des positions très élevées qu'ils occupaient au sein de l'appareil étatique, ils ne pouvaient évidemment ignorer la Constitution et la législation de la RDA, ni les obligations internationales de celle-ci et les critiques dont avait fait l'objet, sur le plan international, son régime de surveillance de la frontière (paragraphe 41 et 42 ci-dessus). De plus, ils avaient eux-mêmes mis en place ou poursuivi ce régime, en doublant les textes légaux, publiés au Journal officiel de la RDA, d'ordres et d'instructions de service tenus secrets portant sur la consolidation et l'amélioration des installations de protection à la frontière et sur l'utilisation d'armes à feu. Dans l'ordre de tirer impartit aux gardes-frontière, ils avaient notamment insisté sur la nécessité de protéger la frontière de la RDA «à tout prix» et d'arrêter «ceux qui violaient la frontière» ou de les «anéantir» (paragraphe 15 ci-dessus). Les requérants étaient donc directement responsables de la situation régnant à la frontière entre les deux Etats allemands du début des années 60 jusqu'à la chute du mur de Berlin en 1989.

79. Par ailleurs, le fait que les requérants n'avaient pas été inquiétés en RDA, mais n'ont été poursuivis puis condamnés par les juridictions allemandes qu'après la réunification, sur la base des dispositions légales applicables à l'époque des faits en RDA, ne signifie en aucune manière que leurs actions ne constituaient pas des infractions d'après le droit de la RDA.

80. A cet égard, la Cour relève que le problème auquel l'Allemagne a été confrontée après la réunification quant à l'attitude à adopter vis-à-vis de personnes qui avaient commis des crimes sous un régime antérieur s'est également posé pour un certain nombre d'autres Etats qui ont connu une transition vers un régime démocratique.

81. La Cour considère qu'il est légitime pour un Etat de droit d'engager des poursuites pénales à l'encontre de personnes qui se sont rendues coupables de crimes sous un régime antérieur; de même, on ne

saurait reprocher aux juridictions d'un tel Etat, qui ont succédé à celles existant antérieurement, d'appliquer et d'interpréter les dispositions légales existantes à l'époque des faits à la lumière des principes régissant un Etat de droit.

82. En effet, la Cour rappelle que sous l'angle de l'article 7 § 1, aussi clair que le libellé d'une disposition pénale puisse être, dans quelque système juridique que ce soit, il existe immanquablement un élément d'interprétation judiciaire et il faudra toujours élucider les points douteux et s'adapter aux changements de situation (arrêts *S.W.* et *C.R. c. Royaume-Uni* précités, *loc. cit.*, paragraphe 50 ci-dessus). Certes, cette notion s'applique en principe à l'évolution progressive de la jurisprudence dans un même Etat de droit et sous un régime démocratique, éléments qui constituent les pierres angulaires de la Convention, comme l'atteste son préambule (paragraphe 83 ci-dessous), mais elle garde toute sa valeur lorsque, comme en l'espèce, il y a eu succession de deux Etats.

83. Un raisonnement contraire irait à l'encontre des principes mêmes sur lesquels est bâti tout le système de protection mis en place par la Convention. Les auteurs de la Convention se sont référés à ces principes dans le préambule de la Convention en « [r]éaffirmant leur profond attachement à ces libertés fondamentales qui constituent les assises mêmes de la justice et de la paix dans le monde et dont le maintien repose essentiellement sur un régime politique véritablement démocratique, d'une part, et, d'autre part, sur une conception commune et un commun respect des droits de l'homme dont ils se réclament », et en se déclarant « (...) animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit (...) ».

84. Il convient également de relever que le Parlement de la RDA démocratiquement élu en 1990 avait expressément demandé au législateur allemand d'assurer les poursuites des injustices commises par le Parti socialiste unifié (paragraphe 18 ci-dessus). Dès lors, on peut raisonnablement estimer que, même en l'absence de réunification de l'Allemagne, un régime démocratique succédant à celui du Parti socialiste unifié en RDA aurait appliqué la législation de celle-ci et, comme l'ont fait les tribunaux de l'Allemagne réunifiée, engagé des poursuites à l'encontre des requérants.

85. De plus, eu égard à la place primordiale occupée par le droit à la vie dans tous les instruments internationaux relatifs à la protection des droits de l'homme (paragraphe 92 à 94 ci-dessous), dont la Convention elle-même, qui le garantit en son article 2, la Cour estime que l'interprétation stricte de la législation de la RDA par les juridictions allemandes en l'espèce était conforme à l'article 7 § 1 de la Convention.

86. La Cour note à ce propos que la première phrase de l'article 2 § 1 de la Convention astreint les Etats à prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de leur juridiction. Cela

implique le devoir primordial d'assurer le droit à la vie en mettant en place une législation pénale dissuadant les individus de commettre des atteintes contre la vie des personnes et de s'appuyer sur un mécanisme d'application conçu pour en prévenir, réprimer et sanctionner les violations (voir notamment les arrêts *Osman c. Royaume-Uni* du 28 octobre 1998, *Recueil* 1998-VIII, p. 3159, § 115, et *Akkoç c. Turquie*, n<sup>o</sup> 22947/93 et 22948/93, § 77, CEDH 2000-X).

87. La Cour considère qu'une pratique étatique telle que celle de la RDA relative à la surveillance de la frontière, qui méconnaît de manière flagrante les droits fondamentaux et surtout le droit à la vie, valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme au plan international, ne saurait être protégée par l'article 7 § 1 de la Convention. Cette pratique, qui a vidé de sa substance la législation sur laquelle elle était censée se fonder, et qui était imposée à tous les organes de l'État y compris ses organes judiciaires, ne saurait être qualifiée de « droit » au sens de l'article 7 de la Convention.

88. Ainsi la Cour estime que les requérants qui, en tant que dirigeants de la RDA, avaient créé l'apparence de légalité émanant de l'ordre juridique de la RDA, puis ont mis en place ou poursuivi une pratique méconnaissant de manière flagrante les principes mêmes de cet ordre, ne sauraient se prévaloir de la protection de l'article 7 § 1 de la Convention. Raisonner autrement serait méconnaître l'objet et le but de cette disposition, qui veut que nul ne soit soumis à des poursuites, condamnations ou sanctions arbitraires.

89. Eu égard à tous ces éléments, la Cour juge qu'au moment où elles ont été commises, les actions des requérants constituaient des infractions définies avec suffisamment d'accessibilité et de prévisibilité par le droit de la RDA.

## **b) Le droit international**

### *i. Règles applicables*

90. La Cour estime qu'il est de son devoir de considérer la présente affaire également sous l'angle des principes du droit international, en particulier ceux relatifs à la protection internationale des droits de l'homme, spécialement en raison du fait que les tribunaux allemands ont fait usage d'arguments fondés sur ces principes (paragraphe 19 *in fine* et 20 ci-dessus).

91. Il convient donc d'examiner si, au moment où elles ont été commises, les actions des requérants constituaient des infractions définies avec suffisamment d'accessibilité et de prévisibilité par le droit international, en particulier ses règles sur la protection des droits de l'homme.



*ii. Protection internationale du droit à la vie*

92. A cet égard, la Cour note d'abord que, dans le cadre de l'évolution de cette protection, les conventions et autres instruments y relatifs n'ont cessé d'affirmer la prééminence du droit à la vie.

93. Ainsi, déjà la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 a affirmé en son article 3 que « tout individu a droit à la vie ». Ce droit a été confirmé par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, ratifié par la RDA le 8 novembre 1974, qui dispose en son article 6 que « le droit à la vie est inhérent à la vie humaine » et que « nul ne peut être arbitrairement privé de sa vie » (paragraphe 40 ci-dessus). Il est également inscrit dans la Convention, dont l'article 2 § 1 est ainsi rédigé :

« Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi. »

94. La convergence des instruments précités est significative : elle indique que le droit à la vie constitue un attribut inaliénable de la personne humaine et qu'il forme la valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme.

95. Cependant, les requérants allèguent que leurs agissements étaient justifiés par les exceptions de l'article 2 § 2 de la Convention, qui dispose :

« La mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire :

- a) pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale ;
- b) pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue ;
- c) pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection. »

96. D'après la Cour, eu égard aux arguments déjà développés ci-dessus, la mort des fugitifs ne résultait nullement d'un recours à la force « rendu absolument nécessaire » : la pratique étatique mise en œuvre en RDA par les requérants ne défendait personne contre la violence illégale, ne servait à procéder à aucune arrestation que l'on pourrait qualifier de « légale » selon le droit de la RDA et n'avait aucun lien avec la répression d'une émeute ou d'une insurrection, car le seul but poursuivi par les fugitifs était de quitter le pays.

97. Il s'ensuit que les agissements des requérants n'étaient justifiés en aucune façon sous l'angle de l'article 2 § 2 de la Convention.

*iii. Protection internationale de la liberté de circulation*

98. Comme le Protocole n° 4 à la Convention en son article 2 § 2, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques prévoit, en son

article 12 § 2, que « [t]oute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien »; des restrictions à ce droit ne sont autorisées que si elles sont prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et si elles sont compatibles avec les autres droits reconnus par le pacte (paragraphe 40 ci-dessus).

99. Les requérants invoquent ces restrictions pour justifier l'instauration et le maintien du régime de surveillance de la frontière en RDA.

100. Cependant, la Cour considère qu'en l'espèce aucune de ces conditions exceptionnelles n'était réalisée. Premièrement, les actes en cause consistaient en des ordres, donnés ou exécutés, qui n'étaient pas conformes à la Constitution ou à la loi. On ne saurait ensuite prétendre qu'une mesure générale empêchant la sortie de la quasi-totalité de la population d'un État était nécessaire pour protéger la sécurité de celui-ci, ni d'ailleurs les autres intérêts mentionnés. Deuxièmement, la manière dont la RDA mettait en pratique et sanctionnait l'interdiction faite à ses ressortissants de quitter le pays était contraire à un autre droit reconnu par le pacte, à savoir le droit à la vie garanti à l'article 6, pour ceux qui en étaient victimes.

101. Toujours à propos du droit à la libre circulation, la Cour rappelle qu'en ouvrant sa frontière vers l'Autriche le 11 septembre 1989, la Hongrie avait dénoncé un accord bilatéral qui la reliait à la RDA, en s'appuyant expressément sur les articles 6 et 12 du Pacte international précité ainsi que sur l'article 62 (changement fondamental de circonstances) de la Convention de Vienne sur le droit des traités (paragraphe 17 ci-dessus).

*iv. Responsabilité étatique de la RDA et responsabilité individuelle des requérants*

102. Ainsi, en installant des mines antipersonnel et des systèmes de tir automatique à la frontière et en donnant l'ordre aux gardes-frontière « d'anéantir ceux qui violent la frontière et de protéger la frontière à tout prix », la RDA avait instauré un régime de surveillance de la frontière qui méconnaissait clairement la nécessité de préserver la vie humaine, inscrite dans la Constitution et les lois de la RDA, ainsi que le droit à la vie protégé par les instruments internationaux précités. Ce régime méconnaissait également le droit à la liberté de circulation mentionné à l'article 12 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

103. Or la pratique étatique en cause était largement l'œuvre des requérants eux-mêmes qui, en tant que dirigeants politiques, savaient

ou devaient savoir qu'elle portait atteinte à la fois aux droits fondamentaux et aux droits de l'homme, car ils ne pouvaient ignorer la législation de leur propre pays: en effet, les articles 8 et 19 § 2 de la Constitution de 1968 prévoyaient déjà respectivement que « [l]es règles de droit international public généralement reconnues et visant à promouvoir la paix et la collaboration pacifique entre les peuples lient l'autorité étatique et chaque citoyen » et que « [l]e respect et la protection de la dignité et de la liberté de la personnalité s'imposent à tous les organes étatiques, à toutes les forces de la société et à chaque citoyen » (paragraphe 28 ci-dessus). De plus, le chapitre premier de la partie spéciale du code pénal comportait dès 1968 une introduction qui prévoyait que « [l]a punition impitoyable des crimes contre (...) l'humanité, les droits de l'homme (...) est une condition indispensable pour un ordre de paix stable dans le monde, pour le rétablissement de la foi dans des droits de l'homme fondamentaux (...), et dans la dignité et la valeur de la personne humaine, et pour la préservation des droits de chacun » (paragraphe 29 ci-dessus). De même, comme la Cour l'a dit ci-dessus (paragraphe 78), les requérants ne pouvaient ignorer les obligations internationales auxquelles la RDA avait souscrit et les nombreuses critiques internationales formulées à l'encontre du régime de surveillance de la frontière de la RDA.

104. La RDA, si elle existait toujours, serait responsable des actions en cause du point de vue du droit international. Reste à établir qu'à côté de cette responsabilité de l'Etat, il existait, à l'époque considérée, une responsabilité individuelle des requérants sur le plan pénal. Même en supposant qu'une telle responsabilité ne saurait être inférée des instruments internationaux précités relatifs à la protection des droits de l'homme, elle peut être déduite de ces instruments lorsqu'ils sont examinés en combinaison avec l'article 95 du code pénal de la RDA. Cette disposition prévoyait en effet, de manière explicite, et cela depuis 1968, une responsabilité pénale individuelle pour ceux qui enfreignaient les obligations internationales de la RDA, les droits de l'homme et les libertés fondamentales.

105. Eu égard à tous ces éléments, la Cour estime qu'au moment où elles ont été commises, les actions des requérants constituaient également des infractions définies avec suffisamment d'accessibilité et de prévisibilité par les règles du droit international relatives à la protection des droits de l'homme.

106. Par ailleurs, le comportement des requérants pourrait être considéré, toujours dans le cadre de l'article 7 § 1 de la Convention, sous l'angle d'autres règles du droit international, notamment celles relatives aux crimes contre l'humanité. La conclusion à laquelle la Cour a abouti (paragraphe 105 ci-dessus) rend toutefois superflu un tel examen.

### c) Conclusion

107. Partant, les condamnations des requérants par les juridictions allemandes après la réunification ne sont pas intervenues en méconnaissance de l'article 7 § 1.

108. A la lumière de cette considération, la Cour n'a pas à examiner si la condamnation des requérants se justifiait sur la base de l'article 7 § 2 de la Convention.

## II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 1 DE LA CONVENTION

109. Les requérants soutiennent que la décision de la Cour constitutionnelle fédérale a méconnu l'article 1 de la Convention, qui dispose :

« Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la (...) Convention. »

110. D'après les requérants, la décision de la Cour constitutionnelle fédérale consacrait une justice à deux vitesses, en interdisant aux anciens citoyens de la RDA, aujourd'hui citoyens de la RFA, par le truchement de la « formule de Radbruch » (paragraphe 22 ci-dessus), de se prévaloir du principe de non-rétroactivité des lois pénales consacré à l'article 7 § 1 de la Convention.

111. La Cour rappelle qu'elle est compétente pour apprécier les circonstances dont se plaint un requérant compte tenu de l'ensemble des exigences de la Convention. Dans l'accomplissement de cette tâche, il lui est notamment loisible de donner aux faits de la cause, tels qu'elle les considère comme établis par les divers éléments en sa possession, une qualification juridique différente de celle que leur attribue l'intéressé ou, au besoin, de les envisager sous un autre angle (voir notamment les arrêts *Foti et autres c. Italie* du 10 décembre 1982, série A n° 56, pp. 15-16, § 44, et *Rehbock c. Slovénie*, n° 29462/95, § 63, CEDH 2000-XII).

112. Ainsi, en l'espèce, le grief des requérants ne saurait venir se fonder sur l'article 1 de la Convention, disposition-cadre qui ne peut être violée séparément (arrêt *Irlande c. Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, série A n° 25, p. 90, § 238). Il pourrait toutefois relever de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 7, car les requérants se plaignent en substance d'une discrimination dont ils seraient victimes en tant qu'anciens citoyens de la RDA. 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. »

113. Cependant, la Cour estime que les principes appliqués par la Cour constitutionnelle fédérale avaient une portée générale et étaient donc également valables pour des individus qui n'étaient pas d'anciens ressortissants de la RDA.

114. Dès lors, il n'y a pas eu discrimination contraire à l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 7.

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

1. *Dit* qu'il n'y a pas eu violation de l'article 7 § 1 de la Convention ;
2. *Dit* qu'il n'y a pas eu discrimination contraire à l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 7.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des Droits de l'Homme, à Strasbourg, le 22 mars 2001.

Luzius WILDHABER  
Président

Michele DE SALVIA  
Greffier

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

- opinion concordante de M. Loucaides ;
- opinion concordante de M. Zupančič ;
- opinion concordante de M. Levits.

L.W.  
M. de S.

## OPINION CONCORDANTE DE M. LE JUGE LOUCAIDES

*(Traduction)*

Je souscris aux conclusions de l'arrêt, mais j'aimerais exposer ma propre démarche concernant la question de savoir si le comportement des requérants constituait, à l'époque pertinente, une infraction d'après le droit international, au sens de l'article 7 § 1 de la Convention.

La majorité a considéré que les intéressés ont été condamnés pour des actes qui, à l'époque pertinente, constituaient des infractions définies avec une accessibilité et une prévisibilité suffisantes par les règles internationales relatives à la protection des droits de l'homme. A cet égard, la majorité s'est fondée sur les règles du droit international relatives à la protection du droit à la vie et de la liberté de circulation. En ce qui concerne la question de savoir si la responsabilité pénale individuelle des requérants pouvait être engagée pour violation de ces règles, elle s'est appuyée sur l'article 95 du code pénal de la RDA, qui prévoyait une responsabilité pénale individuelle pour ceux qui enfreignaient les obligations internationales de la RDA en matière de droits de l'homme et de libertés fondamentales. En d'autres termes, pour déterminer si le comportement des requérants constituait «une infraction d'après le droit international», la majorité a invoqué des obligations liant l'Etat de la RDA en vertu du droit international, et, pour retenir la responsabilité pénale individuelle des intéressés, elle s'est fondée sur le droit interne de la RDA. Je n'adhère pas à cette démarche. J'estime que là où l'article 7 parle d'une «action (...) qui (...) constituait (...) une infraction d'après le droit (...) international» il vise manifestement une infraction réprimée directement par le droit international, tant du point de vue du comportement prohibé que du point de vue de la responsabilité pénale individuelle pour ce comportement.

En conséquence, il s'agit de rechercher si, du point de vue des règles du droit international, distinguées des règles du droit interne, le comportement des requérants constituait une infraction.

D'après moi, la question appelle une réponse affirmative. Plus précisément, j'estime que le comportement pour lequel les requérants ont été condamnés (voir le texte de l'arrêt) s'analysait, du point de vue du droit international, en un «crime contre l'humanité», notion qui, à l'époque des faits, formait déjà partie intégrante des principes généraux du droit international coutumier.

Je pense, à cet égard, qu'il ne s'impose pas de retracer toute l'histoire de l'évolution du droit international concernant le statut et la notion de crime contre l'humanité. Il me paraît suffisant de mentionner ce qui suit.

Le statut du Tribunal militaire international (TMI) de Nuremberg, créé pour juger et punir les grands criminels de guerre des pays européens de l'axe, fut le premier instrument à définir les « crimes contre l'humanité » dans le droit international positif.

Dans la définition des « crimes contre l'humanité », il incluait « l'assassinat (...) commis contre toutes les populations civiles, avant ou pendant la guerre (...) ».

Les procès de Nuremberg ont appliqué ledit statut et imputé à des individus une responsabilité pénale pour « crimes contre l'humanité ». Toutefois, cette infraction était liée à la conduite de la guerre. Par ailleurs, il n'était pas clairement établi, à l'époque, qu'elle relevait du droit international coutumier, spécialement lorsqu'elle n'était pas liée à des actes de guerre. Progressivement, cette idée finit par s'imposer.

Avec la Résolution 95 (I) de l'Assemblée générale des Nations unies du 11 décembre 1946 furent explicitement confirmés les « principes de droit international reconnus par le statut de la Cour de Nuremberg et par l'arrêt de cette Cour » ; leur formulation fut confiée à la Commission du droit international « dans le cadre d'une codification générale des crimes commis contre la paix et la sécurité de l'humanité ou dans le cadre d'un Code de droit criminel international ». Cette résolution témoignait des vues prédominantes et de la pratique des Etats quant aux principes en question et fournissait à cet égard un soutien juridique solide à l'affirmation selon laquelle ils faisaient partie intégrante du droit international coutumier<sup>1</sup>.

Le lien entre crimes contre l'humanité et actes de guerre ne fut pas considéré comme une condition pour l'établissement de pareilles infractions<sup>2</sup>. Ainsi que l'a justement fait observer Lord Millett dans l'arrêt Pinochet (3) rendu par la Chambre des lords<sup>3</sup> :

« Le Tribunal de Nuremberg a jugé que les crimes contre l'humanité ne relevaient de sa compétence que lorsqu'ils avaient été commis dans l'exécution de crimes de guerre ou de crimes contre la paix, ou en rapport avec de tels crimes. Or cette limitation de compétence paraît avoir été fondée sur les termes utilisés par le statut. Il n'y a aucune raison de supposer que l'on ait considéré à l'époque qu'il s'agissait là d'une condition de fond prévue par le droit international. La nécessité d'établir pareil lien était naturelle dans l'immédiat après-guerre. Au fur et à mesure que les souvenirs de la guerre ont reflué, elle a été abandonnée. »

---

1. Voir notamment Daillier et Pellet, *Droit international public*, 6<sup>e</sup> édition, p. 677.

2. Voir *Question of the punishment of war criminals and of persons who have committed crimes against humanity: Note by the Secretary-General*, UN GAOR, 22<sup>e</sup> session, annexe Ordre du jour, point 60, pp. 6-7, UN DOC A/6813 (1967). Voir également Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, affaire Tadić IT-94-I, § 623.

3. *Weekly Law Reports* 1999, vol. 2, pp. 909 et suiv.

L'opinion selon laquelle les principes de Nuremberg relevaient du droit international coutumier est devenue indiscutable après la Résolution 3074 (XXVIII) de l'Assemblée générale des Nations unies du 3 décembre 1973, qui proclamait la nécessité d'une coopération internationale en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtement des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. On peut ajouter ici que, dans plusieurs décisions rendues par des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*, la thèse a été affirmée et accueillie que « depuis le statut de Nuremberg, le caractère coutumier de l'interdiction des crimes contre l'humanité et l'imposition de la responsabilité pénale individuelle pour leur perpétration n'ont pas été sérieusement contestés »<sup>1</sup>.

En tout état de cause, ce qui importe aux fins de la présente espèce c'est le fait que, à l'époque de la commission des infractions imputées aux requérants, il était établi de manière indiscutable que les « crimes contre l'humanité » constituaient des infractions en droit international coutumier.

En ce qui concerne les éléments constitutifs du crime contre l'humanité, on peut prendre le récent statut de la Cour pénale internationale adopté à Rome comme déclaratoire de la définition de cette infraction en droit international et comme une directive nécessaire pour son application en l'espèce. Dans l'article 7 dudit statut, on trouve les éléments suivants :

« 1. (...) on entend par crime contre l'humanité l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque :

a) Meurtre ;

(...)

2. Aux fins du paragraphe 1 :

a) Par « attaque lancée contre une population civile », on entend le comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1 à l'encontre d'une population civile quelconque, en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque ;

(...) »

Mais même si l'on ne s'inspire que de la notion de « crime contre l'humanité » qui se dégage du statut du tribunal militaire international de Nuremberg – dont les principes ont été confirmés par les résolutions des Nations unies mentionnées ci-dessus – et si l'on examine la présente espèce uniquement par référence aux exigences minimales de pareille notion, pour autant qu'elle se rapporte aux faits de la présente espèce, il

---

1. Affaire Tadić, *op. cit.*



n'y a aucune difficulté à conclure que les actes dont les requérants ont été jugés coupables doivent sans conteste être qualifiés de « crimes contre l'humanité », de la nature la plus grave. Les éléments constitutifs minimums de l'infraction en cause paraissent être les suivants :

- a) le meurtre ;
- b) commis contre une population civile ; et
- c) un comportement systématique ou organisé dans la poursuite d'une certaine politique.

Le dernier élément résulte de la combinaison des éléments a) et b).

Pour les raisons qui précèdent, je considère que les actes pour lesquels les requérants ont été condamnés constituaient, à l'époque pertinente, des infractions d'après le droit allemand mais également d'après le droit international.

## OPINION CONCORDANTE DE M. LE JUGE ZUPANČIČ

(Traduction)

J'ai voté pour le constat de non-violation en l'espèce, car je considère que l'application faite du droit de la RDA par les tribunaux de la RFA était juridiquement cohérente (paragraphe 19-39 de l'arrêt). Aux fins de l'article 7 § 1, cela est suffisant.

De même, j'admets que l'article 2 § 2 n'est pas applicable en l'espèce (paragraphe 95-97 de l'arrêt), même s'il peut trouver à s'appliquer dans d'autres affaires où la mise en balance des valeurs en conflit (intégrité personnelle d'une part et arrestation régulière et justifiée de l'autre) produit un résultat différent (voir mon opinion dissidente jointe à l'arrêt *Rehbock c. Slovénie*, n° 29462/95, CEDH 2000-XII).

Il importe de comprendre que cet arrêt ne se fonde pas sur l'article 7 § 2 de la Convention, ni sur la notion d'«infraction d'après le droit international» de l'article 7 § 1.

L'article 7 § 2 constitue une exception au principe *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* formulé par l'illustre pénaliste allemand Anselm von Feuerbach. Franz von Liszt proclama ultérieurement que les garanties substantielles consacrées par le principe de légalité sont la *Magna Carta Libertatum* des accusés. Cette tradition de protection substantielle en matière pénale remonte au moins à Cesare Beccaria et à son célèbre traité *Des délits et des peines* (*Dei delitti e delle pene*) de 1764, qui influença de manière décisive toute la tradition continentale de légalité dans le domaine du droit pénal. Cela est d'autant plus important que, par opposition au modèle juridique anglo-saxon, et bien que *Magna Carta* comportât une disposition analogue en son article 39 (*lex terrae*), c'est principalement dans le droit matériel et non dans le droit procédural que sont inscrites les garanties. Ainsi, le principe de légalité (*Legalitätsprinzip*) est traditionnellement interprété de manière à n'impliquer que l'interprétation restrictive du pouvoir de punir appartenant à l'État.

En l'espèce, nous le verrons, il produit l'effet inverse: il empêche les requérants de se prévaloir de leur propre interprétation du droit.

Il m'est difficile de souscrire au paragraphe 105 de l'arrêt, où la Cour parle d'«infractions définies avec suffisamment d'*accessibilité* et de *prévisibilité* par les règles du droit international relatives à la protection des droits de l'homme» (c'est moi qui souligne). Les puissantes garanties *objectives* du droit pénal matériel enracinées dans le principe de légalité ne sauraient se réduire au droit *subjectif* d'être informé à l'avance de ce qui est punissable d'après le droit positif.

L'importance du principe de légalité réside dans les restrictions légales objectives, rigoureuses, sémantiques et logiques (*lex certa*) dont il assortit le pouvoir de punir que possède l'Etat. Si un individu est mis formellement en mesure par la loi de prévoir la nature criminelle et punissable de ses actes ou omissions, indépendamment de la confiance qu'il place au quotidien dans la pratique étatique ambiante et établie d'impunité, l'Etat de droit sanctionnera après coup sa responsabilité pénale. Soutenir le contraire reviendrait à faire du criminel un législateur en sa propre cause. Telle est la portée réelle de la présente espèce.

A l'inverse, une accentuation excessive des critères subjectifs d'*accessibilité* et de *prévisibilité* faciliterait la défense des requérants fondée sur le principe de légalité. Les intéressés pourraient faire valoir qu'ils se sont en réalité fiés à l'interprétation officielle, accessible et prévisible du droit à l'époque, sur « la pratique étatique de la RDA qui se superposait aux règles du droit écrit à l'époque des faits » (paragraphe 67 de l'arrêt). Ils pourraient alors soutenir que, bien qu'il ait été prouvé ultérieurement qu'elle était erronée du point de vue de la stricte interprétation du droit pénal positif, leur attitude n'en était pas moins, à l'époque, conforme à la pratique étatique officielle, constante et prévisible. Pareil argument introduirait alors le moyen de défense tiré de l'erreur de droit (*error juris*) excusable.

Par exemple, le code pénal modèle des Etats-Unis prévoit en son article 2.04 (3) b) iv) :

« La conviction qu'un comportement ne s'analyse pas juridiquement en une infraction constitue un moyen de défense de nature à écarter des poursuites consécutives à une infraction fondée sur le comportement lorsque [l'auteur] agit *en se fondant de manière raisonnable sur (...) une interprétation officielle de l'agent ou organe public investi par la loi de la responsabilité d'interpréter, administrer et faire respecter la loi définissant l'infraction.* » (c'est moi qui souligne)

Selon ce que prévoyait le droit pénal matériel de la RDA ou de la RFA en matière d'erreur de droit, les actes des requérants pourraient alors être excusés (non justifiés!).

En pareil contexte, l'erreur de droit pourrait faire office de passerelle entre le sens objectif de la loi définissant l'infraction et la compréhension subjective de cette loi. Si cette dernière n'est pas entièrement subjective et arbitraire, en ce sens qu'elle est basée sur des éléments objectifs telles « la pratique de l'Etat », « l'interprétation officielle de l'agent public », ... concernées, l'erreur de droit peut devenir une excuse, c'est-à-dire, en droit allemand, « un motif d'exclusion de la culpabilité » (*Schuld-ausschliessungsgrund*).

L'invocation *subjective* par les requérants de la « pratique étatique de la RDA qui se superposait aux règles du droit écrit à l'époque des faits » signifierait en fait que, bien que réaliste au regard de la « pratique étatique de la RDA », l'interprétation schizophrénique, laissant

complètement de côté les lois écrites, faite par eux (et par la RDA) du droit positif prévaudrait sur l'importance *objective* des définitions pertinentes des infractions dans le propre droit pénal de la RDA.

La présente espèce franchit toutefois au moins une étape supplémentaire dans cette direction. Les requérants ne se sont pas contentés de «se reposer» sur la «pratique étatique de la RDA». Ils ont contribué à *créer* cette pratique étatique bien réelle d'impunité. Celle-ci n'était toutefois pas formalisée au travers d'instruments législatifs, au motif certainement que, vis-à-vis du monde extérieur, la RDA souhaitait maintenir l'image d'un Etat de droit. L'eût-elle été que la présente espèce se serait présentée sous un jour tout différent, puisqu'il aurait probablement fallu l'examiner au regard de l'article 7 § 2 de la Convention.

D'après leur propre droit pénal, les requérants étaient des participants à un large et systématique concert frauduleux tendant à écarter la signification objective des lois écrites. Autrement dit, ils ont contribué de manière dolosive à créer et maintenir une situation ambiguë dans laquelle la «pratique étatique» d'impunité, voire de récompense, pour les comportements criminels d'autres participants audit concert se trouvait en parfaite contradiction avec les termes formels des lois pénales pertinentes. La caractéristique distinctive de la présente espèce réside dans le fait que ce sont les requérants eux-mêmes qui étaient «[les] agent[s] ou [membres de l']organe public investi[s] par la loi de la responsabilité d'interpréter, administrer et faire respecter la loi définissant l'infraction».

On a affaire en l'espèce à une situation autoréférentielle dans laquelle les personnes mêmes qui étaient investies de la responsabilité d'interpréter, administrer et faire respecter la loi définissant l'infraction diffusaient la «pratique étatique» qu'elles affirment aujourd'hui avoir été à l'origine de leur propre compréhension du droit et dans laquelle elles voient un motif d'excuse. Qui plus est, les requérants soutiennent que la pratique étatique de la RDA faisait partie intégrante de l'impunité objective régnant à l'époque et qu'il est dès lors inacceptable que l'on active *ex post* une responsabilité pénale pour leurs actes.

Il est clair que cela soulève la question de l'état de droit, et plus précisément de la légalité dans la sphère du droit pénal matériel. Si la Cour européenne des Droits de l'Homme avait admis, sous l'angle de l'article 7 § 1, que cette «pratique étatique» faisait partie intégrante de la «loi définissant l'infraction» ou si elle avait accueilli le moyen de défense tiré de l'erreur de droit en l'espèce, elle aurait validé cette auto-justification en circuit fermé, au mépris de l'état de droit.

Il est facile d'imaginer une affaire analogue dans laquelle les requérants seraient de hauts magistrats de la RDA qui auraient participé eux-mêmes à la création de la «pratique» judiciaire (jurisprudence) d'impunité. Dirions-nous alors que cet «élément

d'interprétation judiciaire» (paragraphe 82 de l'arrêt) vaut «loi définissant l'infraction»?

Ainsi que le juriste théoricien allemand von Ihering l'a souligné à juste titre, l'état de droit repose sur la signification *formelle* des libellés juridiques. Si l'on veut préserver l'état de droit, cette signification objective doit demeurer indépendante et strictement séparée, en dernière analyse, de toute interprétation subjective et arbitraire, quelque généralisée que semblable interprétation puisse être dans le contexte d'une «pratique étatique» donnée. Cela est encore plus vrai si cette interprétation arbitraire régnante du «droit en (in)action» contredisant le droit écrit est le résultat d'une collusion entre les branches exécutives, législatives et judiciaires de l'Etat.

Maintenir la séparation du droit objectif et du droit subjectif est la seule façon de garantir que nul ne se trouve au-dessus des lois.

## OPINION CONCORDANTE DE M. LE JUGE LEVITS

(Traduction)

1. Je souscris aux conclusions figurant dans l'arrêt.

Néanmoins, je souhaiterais expliquer ma démarche sur deux points précis. Le premier concerne l'interprétation du droit sous les régimes démocratiques et sous les régimes non démocratiques (socialistes), ainsi que le traitement de ce problème après la transition vers la démocratie; le second a trait à la notion de «crime contre l'humanité» en droit international.

I.

2. L'arrêt se fonde sur une interprétation du droit international (par exemple, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966) et du droit interne de la RDA (par exemple, la Constitution, la loi sur la police du peuple et d'autres lois). La Cour arrive à la conclusion que le comportement des requérants à l'époque pertinente était contraire tant au premier qu'au second (voir notamment les paragraphes 64, 72, 75, 102 et 104 de l'arrêt).

3. Les requérants contestent cette démarche (qui fut également suivie par les tribunaux allemands), excipant du fait qu'en RDA le droit international et le droit interne étaient interprétés et appliqués différemment (paragraphe 47 de l'arrêt), et qu'au regard de l'interprétation et de l'application qui en étaient faites, leur comportement n'avait rien d'illicite.

4. Il me paraît que cette objection soulève l'une des questions les plus importantes de la présente espèce, un point très important dans les situations où un régime antérieur non démocratique (par exemple socialiste) a été aboli pour être remplacé par un régime démocratique. Elle montre clairement que l'interprétation et l'application du droit dépendent de l'ordre politique général, à l'intérieur duquel le droit fonctionne comme un sous-système.

5. En fait, compte tenu de leur approche complètement différente de l'interprétation et de l'application du droit, les tribunaux de la RDA ne seraient jamais parvenus aux résultats auxquels ont abouti les tribunaux allemands après la réunification et la Cour en l'espèce s'ils avaient eu à appliquer les dispositions en cause de la Constitution de la RDA (articles 19 et 30), des autres lois concernées et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (article 12).

6. Les différences dans l'interprétation et l'application du droit entre les systèmes démocratiques et les systèmes socialistes couvrent tous les

éléments importants du droit au sens large, et notamment les sources du droit, l'autonomie du raisonnement juridique, l'interprétation des normes juridiques (spécialement par des juges indépendants), les méthodes d'interprétation des normes juridiques, la hiérarchie des normes juridiques et le caractère contraignant du droit pour les autorités de l'Etat. En conséquence, les mêmes textes juridiques (la Constitution de la RDA ou le Pacte international relatif aux droits civils et politiques) conduisent à des résultats différents selon qu'ils sont appliqués suivant telle ou telle méthode d'application du droit propre à l'ordre politique concerné.

7. Cela nous amène à la question de savoir si, après un changement au travers duquel un ordre politique socialiste devient démocratique, il est légitime d'appliquer l'« ancien » droit établi par le régime antérieur non démocratique suivant les méthodes d'interprétation et d'application du droit qui sont inhérentes à l'ordre politique démocratique nouveau.

8. Je tiens à souligner que, d'après moi, il n'y a pas de place pour d'autres solutions. Les Etats démocratiques ne peuvent autoriser leurs institutions à appliquer le droit – même s'il s'agit de règles antérieures édictées sous un régime prédémocratique – que d'une manière inhérente à l'ordre politique démocratique (au sens où cette notion est comprise dans les démocraties traditionnelles). Le recours à toute autre méthode d'application du droit (impliquant que l'on arrive à des résultats différents à partir des mêmes textes juridiques) porterait atteinte à la substance même de l'ordre public d'un Etat démocratique.

9. Les mêmes principes sont également valables en ce qui concerne l'interprétation et l'application des normes du droit international, telles celles du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Le pacte a été signé et ratifié par la plupart des Etats dans le monde – démocratiques et non démocratiques (y compris la RDA). Un Etat démocratique ne peut interpréter et appliquer cet instrument (et les autres normes juridiques internationales) que suivant les méthodes d'application du droit qui sont inhérentes à l'ordre politique démocratique. En l'espèce, c'est ce qu'ont fait les juridictions allemandes (voir l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale, cité au paragraphe 22 de l'arrêt).

10. En conséquence, l'interprétation et l'application des normes juridiques nationales ou internationales suivant les méthodes propres aux régimes socialistes ou à d'autres régimes non démocratiques (avec des résultats intolérables pour un système démocratique) doivent, du point de vue d'un système démocratique, être considérées comme erronées. Cela vaut tant pour une appréciation *ex post facto* de la pratique juridique qui avait cours sous un régime non démocratique antérieur (comme en l'espèce, mais le problème peut évidemment se poser dans d'autres démocraties nouvelles) que pour l'appréciation de la pratique

juridique actuelle (par exemple en ce qui concerne le pacte) en vigueur dans tel ou tel régime non démocratique aujourd'hui. Cette pratique doit être regardée comme un détournement du droit. Une fois la transition vers un ordre politique démocratique accomplie, les personnes responsables ne sauraient justifier leur comportement en se retranchant derrière la manière « spécifique » dont le droit est interprété par les régimes non démocratiques.

11. D'après moi, c'est là une conclusion obligatoire résultant du caractère universel des droits de l'homme et des valeurs démocratiques, qui s'imposent à toutes les institutions démocratiques. A tout le moins depuis l'époque des procès de Nuremberg, cette conception de l'ordre démocratique est bien comprise dans le monde et donc prévisible pour tout un chacun.

12. C'est ce qu'attestent également, me semble-t-il, les conclusions du présent arrêt.

## II.

13. Le paragraphe 107 de l'arrêt confirme que le comportement des requérants pourrait également être considéré, au regard de l'article 7 § 1 de la Convention, sous l'angle d'autres règles du droit international, et notamment de celles relatives aux crimes contre l'humanité, mais que, compte tenu des conclusions tirées par la Cour après une application des normes internationales en matière de droits de l'homme combinées avec les normes du droit interne de la RDA, il ne s'impose pas d'examiner cette question.

14. Je souscris en principe à cette démarche. Toutefois, si la Cour est parvenue à ses conclusions en l'espèce, c'est essentiellement parce que la Constitution et les autres lois de la RDA étaient formulées de manière fort convenable, dans un langage analogue à celui utilisé pour les dispositions constitutionnelles et légales des Etats démocratiques régis par l'état de droit (par exemple, les dispositions constitutionnelles relatives à la protection des droits de l'homme). L'intention du régime non démocratique de la RDA était en réalité tout autre. Les dispositions relatives à la protection des droits de l'homme qui figuraient dans les Constitutions des anciens Etats socialistes revêtaient plutôt un caractère de propagande. Néanmoins, pour des raisons que j'estime impérieuses (je m'en suis expliqué ci-dessus), les tribunaux allemands et la Cour européenne ont « pris ces droits au sérieux » (Ronald Dworkin), en leur conférant le sens résultant du libellé de diverses normes juridiques interprétées suivant les méthodes d'application du droit propres aux systèmes démocratiques.

15. J'estime que la capacité des tribunaux des démocraties nouvellement établies à traiter de l'« héritage » des anciens régimes non



démocratiques ne doit pas dépendre uniquement du libellé des normes juridiques des régimes non démocratiques, qui ont été formulées d'abord à des fins non pas juridiques mais plutôt de propagande.

16. L'arrêt laisse également la porte ouverte à un examen de comportements tels ceux qu'ont eus les requérants au regard de la notion d'infraction d'après le droit international (paragraphe 106 de l'arrêt).

17. A cet égard, je tiens à souligner l'évolution récente du droit international en ce qui concerne le renforcement de la protection des droits de l'homme, y compris les normes relatives aux crimes contre l'humanité. Nonobstant le fait que beaucoup de problèmes juridiques dans ce domaine ne sont pas encore entièrement résolus, le sens de l'évolution est évident.

18. Aussi fais-je mienne l'analyse convaincante de M. Loucaides qui, dans son opinion concordante, déclare estimer qu'à l'époque pertinente le comportement des requérants constituait une infraction d'après le droit interne, mais pouvait aussi être considéré comme une infraction d'après le droit international.



STRELETZ, KESSLER AND KRENZ v. GERMANY  
*(Applications nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98)*

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 22 MARCH 2001



SUMMARY<sup>1</sup>**Conviction of leaders of the GDR after German reunification on account of their responsibility for the deaths of East Germans attempting to flee to the West****Article 7 § 1**

*Nullum crimen sine lege – Conviction of leaders of the GDR after German reunification on account of their responsibility for the deaths of East Germans attempting to flee to the West – Interpretation by the courts of the FRG of the legal provisions of the GDR – Grounds of justification – State practice superimposed on rules of written law – State practice flagrantly disregarding fundamental rights – Rules of international law on protection of human rights – Foreseeability – Accessibility – International protection of right to life – International protection of freedom of movement – Individual criminal responsibility as leaders of the GDR*

\*  
\*   \*   \*

The applicants, German nationals, were formerly senior officials of the German Democratic Republic (GDR). When tried by the courts of the Federal Republic of Germany (FRG) after German reunification, they were first convicted on the basis of the criminal law applicable in the GDR at the material time for participating in decisions of the highest authorities of the GDR, such as the National Defence Council or the *Politbüro*, on the GDR's border-policing regime, which made them jointly responsible for the deaths of a number of persons who had attempted to flee the GDR across its borders between 1971 and 1989. As a result of orders given under the border-policing regime, many people who tried to cross the border had met their deaths either after triggering anti-personnel mines or after being shot by border guards. The courts then applied the provisions of the FRG's criminal law, as being more lenient than those of GDR law, sentencing the applicants for intentional homicide as indirect principals to prison sentences of five years, seven years and six and a half years respectively. Their sentences were upheld by the Federal Court of Justice and then held by the Federal Constitutional Court to be compatible with the Constitution. These courts rejected the grounds of justification provided for in the GDR's State Borders Act taken together with the GDR's Criminal Code and pleaded by the applicants in support of their argument that they had acted in accordance with GDR law and that at the material time they had not been prosecuted for their conduct in that State.

*Held*

(1) Article 7 § 1: (a) National law: (i) The legal basis for the applicants' convictions had been the criminal law of the GDR applicable at the material time, and their sentences had corresponded in principle to those prescribed in the

---

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

relevant GDR legislation but had in fact been lower, by virtue of the principle of applying the more lenient law, namely that of the FRG. (ii) The GDR's domestic law had included the principle of proportionality and the principle that human life must be preserved; the applicants' conviction by the courts of the FRG, which had interpreted and applied the GDR's written law, did not appear at first sight to have been arbitrary or contrary to Article 7 § 1. It was not for the Court to express an opinion on their different approaches to the question of the grounds of justification set forth in the GDR's written law which were pleaded by the applicants; it was sufficient for it to satisfy itself that the result they reached had been compatible with Article 7 § 1. (iii) With regard to the grounds of justification derived from the GDR's State practice, which was superimposed on the rules of written law at the material time: this was a repressive practice of border surveillance and protection and as a result of it the applicants were not prosecuted in the GDR. This repressive practice had been implemented at the behest of the GDR's organs of government, of which the applicants had been members, in the name of reasons of State. However, the reasons of State had to be limited by the principles enunciated in the Constitution and legislation of the GDR itself; they had above all to respect the need to preserve human life, enshrined in the GDR's Constitution, People's Police Act and State Borders Act, regard being had to the fact that at the material time the right to life was already, internationally, the supreme value in the hierarchy of human rights. The GDR's repressive State practice had flagrantly infringed the fundamental rights enshrined in its Constitution and confirmed by its Criminal Code and the above-mentioned legislation, and had also breached the obligation to respect human rights and the GDR's other international treaty obligations. According to the general principles of law, defendants were not entitled to justify the conduct which had given rise to their conviction simply by showing that such conduct had in fact taken place and had therefore formed a practice. Moreover, irrespective of the GDR's responsibility as a State, the applicants' acts as individuals had been defined as criminal by the GDR's Criminal Code. The applicants, accordingly, bore individual responsibility for the acts in question. (iv) With regard to the foreseeability of the applicants' convictions: on account of their very senior positions in the State apparatus they could not have been ignorant of the GDR's Constitution and legislation, or of its international obligations, and had themselves implemented or maintained the regime in question, by superimposing secret orders and service instructions on the statutory provisions; the applicants had therefore been directly responsible for the situation which obtained at the border between the two German States at the time. The fact that they had not been prosecuted in the GDR did not mean that their acts were not offences according to the law of the GDR. It was legitimate for a State governed by the rule of law to bring criminal proceedings against persons who had committed crimes under a former regime; the courts of such a State, having taken the place of those which existed previously, could not be criticised for applying and interpreting the legal provisions in force at the material time in the light of the principles governing a State subject to the rule of law. Regard being had to the pre-eminence of the right to life in all international instruments on the protection of human rights, including the Convention, the German courts' strict interpretation of the GDR's legislation had been compatible with Article 7 § 1. A State practice such as that of the GDR which flagrantly infringed fundamental

rights and above all the right to life, the supreme value, could not be covered by the protection of that Article. The practice concerned, which had emptied of its substance the legislation on which it was supposed to be based, and which had been imposed on all organs of the State, including its judicial bodies, could not be described as “law” within the meaning of Article 7. The applicants, who, as leaders of the GDR, had created the appearance of legality in the GDR and had implemented and continued a practice which flagrantly disregarded the very principles of their country’s legal system, could not rely on the protection of Article 7 § 1. For those reasons, at the time when they were committed, the applicants’ acts constituted offences defined with sufficient accessibility and foreseeability in GDR law.

(b) International law: (i) As the German courts had used arguments grounded on the principles relating to the protection of human rights, it was necessary to consider whether, at the time when they were committed, the applicants’ acts had constituted offences defined with sufficient accessibility and foreseeability under international law. (ii) With regard to the rules relating to international protection of the right to life, the deaths of the fugitives had not been the result of a use of force which was “absolutely necessary” within the meaning of Article 2 § 2 of the Convention and the applicants’ acts were, accordingly, not justified under that provision. (iii) With regard to international protection of the freedom of movement, the introduction and continued operation of the GDR’s border-policing regime were not justified by the authorised restrictions on freedom of movement, whether under Article 2 § 2 of Protocol No. 4 to the Convention or under the International Covenant on Civil and Political Rights. (iv) The State practice in issue had been the work of the applicants, who, as political leaders, should have known that it infringed human rights, since they could not have been ignorant of the legislation of their own country or of its international obligations. At the material time the applicants bore individual criminal responsibility which could be deduced from international instruments taken together with the GDR’s Criminal Code. Consequently, at the time when they were committed, the applicants’ acts had constituted offences defined with sufficient accessibility and foreseeability by the rules of international law on the protection of human rights.  
*Conclusion*: no violation (unanimously).

(2) Articles 14 and 7 taken together: As the Federal Constitutional Court had applied principles having general scope, which were therefore equally valid in respect of persons who were not former nationals of the GDR, there had been no breach of those Articles.

*Conclusion*: no violation (unanimously).

### **Case-law cited by the Court**

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

*Foti and Others v. Italy*, judgment of 10 December 1982, Series A no. 56

*Schenk v. Switzerland*, judgment of 12 July 1988, Series A no. 140

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

*Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom*, judgment of 13 July 1995, Series A no. 316-B

*S.W. v. the United Kingdom*, judgment of 22 November 1995, Series A no. 335-B

*C.R. v. the United Kingdom*, judgment of 22 November 1995, Series A no. 335-C

*Kopp v. Switzerland*, judgment of 25 March 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-II

*Osman v. the United Kingdom*, judgment of 28 October 1998, *Reports* 1998-VIII

*Akkoç v. Turkey*, nos. 22947/93 and 22948/93, ECHR 2000-X

*Rehbock v. Slovenia*, no. 29462/95, ECHR 2000-XII



**In the case of Streletz, Kessler and Krenz v. Germany,**

The European Court of Human Rights, sitting as a Grand Chamber composed of the following judges:

Mr L. WILDHABER, *President*,

Mrs E. PALM,

Mr C.L. ROZAKIS,

Mr G. RESS,

Mr J.-P. COSTA,

Mr L. FERRARI BRAVO,

Mr L. CAFLISCH,

Mr L. LOUCAIDES,

Mr I. CABRAL BARRETO,

Mr K. JUNGWIERT,

Sir Nicolas BRATZA,

Mr B. ZUPANČIĆ,

Mrs N. VAJIĆ,

Mr M. PELLONPÄÄ,

Mrs M. TSATSA-NIKOLOVSKA,

Mr E. LEVITS,

Mr A. KOVLER,

and also of Mr M. DE SALVIA, *Registrar*,

Having deliberated in private on 8 November 2000 and 14 February 2001,

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

## PROCEDURE

1. The case originated in three applications (nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98) against the Federal Republic of Germany. Two German nationals, Mr Fritz Streletz and Mr Heinz Kessler (“the first and second applicants”) applied to 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”) on 20 November 1996 and 28 January 1997 respectively. A third German national, Mr Egon Krenz (“the third applicant”), applied to the Court under Article 34 of the Convention on 4 November 1998.

2. The applicants were granted legal aid.

3. The applicants alleged that the acts on account of which they had been prosecuted did not constitute offences, at the time when they were committed, under national or international law, and that their conviction by the German courts had therefore breached Article 7 § 1 of the Convention. They also relied on Articles 1 and 2 § 2 of the Convention.

4. The first two applications were transmitted to the Court on 1 November 1998, when Protocol No. 11 to the Convention came into force (Article 5 § 2 of Protocol No. 11).

5. The three applications were assigned to the Fourth Section of the Court, at the same time as the application (no. 37201/97) of Mr K.-H.W., likewise lodged against the Federal Republic of Germany (Rule 52 § 1 of the Rules of Court).

On 9 December 1999 a Chamber constituted within that Section, composed of the following judges: Mr M. Pellonpää, President, Mr G. Ress, Mr A. Pastor Ridruejo, Mr L. Caflisch, Mr J. Makarczyk, Mr I. Cabral Barreto and Mrs N. Vajić, and also of Mr V. Berger, Section Registrar, relinquished jurisdiction in favour of the Grand Chamber, none of the parties having objected (Article 30 of the Convention and Rule 72).

6. The composition of the Grand Chamber was fixed in accordance with Article 27 §§ 2 and 3 of the Convention and Rule 24 (as it stood at the time). The President of the Grand Chamber decided that in the interests of the proper administration of justice the three applications and that of Mr K.-H.W. should be assigned to the same Grand Chamber (Rules 24, 43 § 2 and 71).

7. The applicants and the German Government (“the Government”) each filed written observations on the admissibility and merits of the applications.

8. A hearing on the admissibility and merits of the three applications, and that of Mr K.-H.W., took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 8 November 2000 (Rule 54 § 4).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mr K. STOLTENBERG, *Ministerialdirigent*, *Agent*,  
 Mr C. TOMUSCHAT, Professor of public international law,  
 Mr K.-H. STÖR, *Ministerialrat*, *Advisers*;

(b) *for the applicants*

Mr P. GARDNER, of the London Bar,  
 Mr F. WOLFF, for the first applicant,  
 Mr H.-P. MILDEBRATH, for the second applicant,  
 Mr R. UNGER, for the third applicant, all of the Berlin Bar, *Counsel*;

(c) *for Mr K.-H.W.*

Mr D. LAMMER, of the Berlin Bar, *Counsel*.

The Court heard addresses by them.

9. By decisions of 8 November 2000<sup>1</sup> the Grand Chamber declared admissible the three applications in the present case and that of Mr K.-H.W.

10. On 14 February 2001 the Grand Chamber decided to join the applications of Mr Streletz, Mr Kessler and Mr Krenz (Rule 43 § 1).

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

11. The applicants are German nationals, born in 1926, 1920 and 1937 respectively.

12. After their conviction by the German courts, the first two applicants (Mr Fritz Streletz and Mr Heinz Kessler) were imprisoned under a semi-custodial regime (*offener Strafvollzug*) and then released after serving approximately two-thirds of their sentences. They now live in Strausberg (Germany) and Berlin (Germany) respectively.

The third applicant (Mr Egon Krenz) has been serving a semi-custodial sentence at Plötzensee Prison, Berlin, since January 2000.

#### A. The general background

13. Between 1949 and 1961 approximately two and a half million Germans fled from the German Democratic Republic (GDR) to the Federal Republic of Germany (FRG). In order to staunch the endless flow of fugitives, the GDR built the Berlin Wall on 13 August 1961 and reinforced all the security measures along the border between the two German States, in particular by installing anti-personnel mines and automatic-fire systems (*Selbstschussanlagen*). Many people who tried to cross the border to reach the West subsequently lost their lives, either after triggering anti-personnel mines or automatic-fire systems or after being shot by East German border guards. The official death toll, according to the FRG's prosecuting authorities, was 264. Higher figures have been advanced by other sources, such as the "13 August Working Party" (*Arbeitsgemeinschaft 13. August*), which speaks of 938 dead. In any event, the exact number of persons killed is very difficult to determine, since incidents at the border were kept secret by the GDR authorities.

14. The Council of State (*Staatsrat*) of the GDR laid down the principles to be followed in matters of national defence and security and organised defence with the assistance of the GDR's National Defence

---

1. Note by the Registry. The Court's decisions are obtainable from the Registry.

Council (*Nationaler Verteidigungsrat*; Article 73 of the GDR's Constitution – see paragraph 28 below).

The presidents of both these bodies and the president of the GDR's parliament (*Volkskammer*) were members of the GDR's Socialist Unity Party (*Sozialistische Einheitspartei Deutschlands*).

The Political Bureau (*Politbüro*) of the Socialist Unity Party's Central Committee was the party's decision-making organ and the most powerful authority in the GDR. It took all of the policy decisions and all of the decisions concerning the appointment of the country's leaders. The number of its members varied: after the Socialist Unity Party's XIth and last Congress in April 1986, it had twenty-two members and five candidate members.

The Secretary-General of the Party's Central Committee presided over the National Defence Council, and all the members of that Council were party officials. It met in general twice a year and took important decisions about the establishment and consolidation of the border-policing regime (*Grenzregime*) and about orders to open fire (*Schiessbefehle*).

15. GDR border guards (*Grenztruppen der DDR*) were members of the National People's Army (*Nationale Volksarmee*) and were directly answerable to the Ministry of Defence (*Ministerium für nationale Verteidigung*). The annual orders of the Minister of Defence were themselves based on decisions of the National Defence Council.

For example, in a decision of 14 September 1962 the National Defence Council made it clear that the orders (*Befehle*) and service instructions (*Dienstvorschriften*) laid down by the Minister of Defence should point out to border guards that they were “fully responsible for preservation of the inviolability of the State border in their sector and that ‘border violators’ [*Grenzverletzer*] should in all cases be arrested as adversaries [*Gegner*] or, if necessary, annihilated [*vernichtet*]”. Similarly, a service instruction of 1 February 1967 stated: “Mines are to be laid in targeted positions and in close formation ... with a view to halting the movements of ‘border violators’ and ... bringing about their arrest or annihilation.”

From 1961 onwards, and especially during the period from 1971 to 1989, consolidation and improvement of the border security installations (*Grenzsicherungsanlagen*) and the use of firearms were regularly discussed at meetings of the National Defence Council. The orders issued by the Minister of Defence as a result likewise insisted on the need to protect the GDR's State border at all costs and stated that “border violators” had to be arrested or “annihilated”; these orders were then implemented by the commanding officers of the border-guard regiments. All acts by border guards, including mine-laying and the use of firearms against fugitives, were based on this chain of command.

16. The applicants occupied senior positions in the GDR's State apparatus and the Socialist Unity Party leadership:

- the first applicant was a member of the National Defence Council from 1971 onwards, of the Socialist Unity Party's Central Committee from 1981 and Deputy Defence Minister from 1979 to 1989;
- the second applicant was a member of the Socialist Unity Party's Central Committee from 1946 onwards, Chief of Staff of the National People's Army and a member of the National Defence Council from 1967 and Minister of Defence from 1985 to 1989;
- the third applicant was a member of the Central Committee of the Socialist Unity Party from 1973 onwards, of the Council of State from 1981 onwards and of the Political Bureau and the National Defence Council from 1983 onwards, and Secretary-General of the Socialist Unity Party's Central Committee (taking over from Mr E. Honecker) and President of the Council of State and the National Defence Council from October to December 1989.

17. In autumn 1989 the flight of thousands of citizens of the GDR to the FRG's embassies in Prague and Warsaw, and to Hungary, which had opened its border with Austria on 11 September 1989, demonstrations by tens of thousands of people in the streets of Dresden, Leipzig, East Berlin and other cities, and the restructuring and openness campaign conducted in the Soviet Union by Mikhail Gorbachev (*perestroika* and *glasnost*) precipitated the fall of the Berlin Wall on 9 November 1989, the collapse of the system in the GDR and the process that was to lead to the reunification of Germany on 3 October 1990.

By a *note verbale* of 8 September 1989 Hungary suspended Articles 6 and 8 of the bilateral agreement with the GDR of 20 June 1969 (in which the two States had agreed to waive entry visas for each other's nationals and refuse travellers permission to leave for third countries), referring expressly, in doing so, to Articles 6 and 12 of the International Covenant on Civil and Political Rights (see paragraph 40 below) and to Article 62 (fundamental change of circumstances) of the Vienna Convention on the Law of Treaties.

18. During the summer of 1990 the GDR's newly elected parliament urged the German legislature to ensure that criminal prosecutions would be brought in respect of the injustices committed by the Socialist Unity Party (*die strafrechtliche Verfolgung des SED-Unrechts sicherzustellen*).

## **B. The proceedings in the German courts**

### *1. The first two applicants (Mr Streletz and Mr Kessler)*

19. In a judgment of 16 September 1993 the Berlin Regional Court (*Landgericht*) sentenced the first and second applicants to five years and six months' imprisonment and seven years and six months' imprisonment

respectively for incitement to commit intentional homicide (*Anstiftung zum Totschlag*), on the ground that they shared responsibility for the deaths of a number of young people aged between 18 and 28 who had attempted to flee the GDR between 1971 and 1989 by crossing the border between the two German States (six and seven cases respectively). The victims had died after triggering anti-personnel mines laid along the border or after being shot by East German border guards.

The cases concerned were the following.

On 8 April 1971 Mr Klaus Seifert, aged 18, stepped on a landmine (*Erdmine*) while attempting to cross the border and lost his left leg. He nevertheless managed to reach the territory of the FRG, where, after a series of operations, he died of his injuries.

On 16 January 1973 Mr Hans-Friedrich Franck, aged 26, was seriously wounded by the explosion of a fragmentation mine (*Splittermine*) while trying to cross the border. He nevertheless managed to reach the territory of the FRG, where he died of his injuries soon after.

On 14 July 1974 Mr Wolfgang Vogler, aged 25, was seriously wounded by the explosion of a fragmentation mine while attempting to cross the border. Twenty minutes later GDR border guards dragged him to a lorry outside the border zone. Two hours later he arrived at a hospital, where he died of his injuries.

On 7 April 1980 Mr Wolfgang Bothe, aged 28, was likewise seriously wounded by the explosion of a fragmentation mine while trying to cross the border. After a series of operations, he died of his injuries.

On 22 March 1984 Mr Frank Mater, aged 20, was seriously wounded by the explosion of a fragmentation mine while attempting to cross the border. He died a few moments later.

On 1 December 1984 two GDR border guards fired shots at Mr Michael-Horst Schmidt, aged 20, as he was trying to climb over the Berlin Wall using a ladder, hitting him in the back. He was not given any first aid. He did not reach the hospital of the GDR's People's Police until two hours later, by which time he had bled to death. The guards who had shot him were congratulated, the only regret expressed being that they had used that much ammunition.

During the night of 5 to 6 February 1989 Mr Chris Gueffroy and Mr Christian Gaudian, both aged 20, attempted to climb over the Berlin Wall. Mr Gueffroy was shot by a GDR border guard and died instantly. Mr Gaudian received bullet wounds. The guards who had shot them were congratulated.

The Regional Court noted that all the orders of the Minister of Defence, including those concerning the use of firearms at the border, were based on decisions of the National Defence Council, of which the applicants had been members. Border guards had been ordered to

protect the border of the GDR at all costs, even if that meant that “border violators” (*Grenzerletzer*) thereby lost their lives.

The Regional Court further noted that the practice of the East German authorities deliberately went beyond the wording of statute law (*Wortlaut des Gesetzes*), written orders and service instructions; the provisions on the use of firearms at the border were disregarded. What was important for the border guards was not written law but what had been inculcated in them during their training, through political instruction and during their everyday service. The order actually given to border guards was: “The unit [*der Zug*] ... will ensure the security of the GDR’s State border ... its duty is not to permit border crossings [*Grenzdurchbrüche*], to arrest ‘border violators’ or to ‘annihilate’ them [*vernichten*] and to protect the State border at all costs [*unter allen Bedingungen*] ...”

In the event of a successful crossing of the border, the guards on duty could expect to be the subject of an investigation conducted by the military prosecutor (*Militärstaatsanwalt*).

On the basis of the criminal law applicable in the GDR at the material time, the Regional Court began by declaring the first and second applicants guilty of incitement to murder (*Anstiftung zum Mord*) (Articles 22 § 2 (1) and 112 § 1 of the GDR’s Criminal Code – “the StGB-DDR”; see paragraph 32 below). It held that the applicants could not justify their actions by pleading section 27(2) of the GDR’s State Borders Act (*Grenzgesetz* – see paragraph 38 below), which, in practice, had been used to cover the killing of fugitives by means of firearms, automatic-fire systems and anti-personnel mines. It ruled that this State practice “flagrantly and intolerably infringed elementary precepts of justice and human rights protected under international law” (“*diese Staatspraxis hat offensichtlich und unerträglich gegen elementare Gebote der Gerechtigkeit und gegen völkerrechtlich geschützte Menschenrechte verstoßen*”). The Regional Court then applied the criminal law of the FRG, which was more lenient than that of the GDR, and convicted both applicants of incitement to commit intentional homicide (Articles 26 and 212 § 1 of the FRG’s Criminal Code – “the StGB”).

20. In a judgment of 26 July 1994 the Federal Court of Justice (*Bundesgerichtshof*) first upheld the findings of the Regional Court regarding the classification of the offences under GDR law and then applied the criminal law of the FRG, partly because it was the law applicable in the place where the result of the offences had come about (*Tatort – Erfolgsort*), since one of the fugitives had died inside FRG territory, and partly because the criminal law of the FRG was more lenient than that of the GDR. Secondly, the Federal Court of Justice reclassified the offences according to the criminal law of the FRG and amended the charges against the two applicants to intentional homicide as indirect principals (*Totschlag in mittelbarer Täterschaft*) (Articles 25 and

112 of the StGB – see paragraph 44 below). The length of the sentences to which the applicants were liable remained unchanged. Like the Regional Court, the Federal Court of Justice joined the cases of the first and second applicants.

The Federal Court of Justice then found the two applicants guilty of intentional homicide as indirect principals, on the ground that they had been members of the National Defence Council, the body whose decisions were a necessary precondition (*zwingende Voraussetzung*) for the issuing of orders concerning the GDR's border-policing regime (*Grenzregime*). The applicants knew that these orders would be obeyed and that fugitives had died at the border as a result of acts of violence. Like the Regional Court, the Federal Court of Justice held that the two applicants could not plead in justification section 27(2) of the State Borders Act. It ruled that section 27(2) and its interpretation by the GDR regime flagrantly infringed human rights and in particular the right to freedom of movement and the right to life enshrined in the International Covenant on Civil and Political Rights, a treaty ratified by the GDR on 8 November 1974 (see paragraph 40 below). The fact that the GDR had not transposed those provisions into its domestic law did not alter its obligations under public international law. Lastly, the Regional Court's decision had not contravened Article 103 § 2 of the Basic Law (*Grundgesetz* – see paragraph 43 below) since the applicants could not rely on a ground of justification (*Rechtfertigungsgrund*) which was contrary to higher-ranking legal rules. Even at the material time, a correct interpretation of section 27(2) of the GDR's State Borders Act would have shown that such grounds of justification could not be pleaded on account of the limits laid down by the Act itself and in the light of the GDR's Constitution and its international obligations.

21. On 9 September 1994 the two applicants lodged constitutional appeals with the Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*). They submitted that their actions had been justified under the law applicable in the GDR at the material time and should not have made them liable to criminal prosecution. The Federal Court of Justice's divergent *ex post facto* interpretation had infringed the principle that the criminal law was not to be applied retroactively (*Rückwirkungsgebot*) and Article 103 § 2 of the Basic Law. In the FRG, they argued, there were provisions similar to section 27 of the GDR's State Borders Act, and every State limited the right to life where the pursuit of criminals was concerned. In that connection, the two applicants referred to Article 2 § 2 of the Convention. They also relied on Article 7 § 2 of the Convention and the reservation in respect of that provision made by the FRG (see paragraph 45 below).

22. In a judgment of 24 October 1996 the Federal Constitutional Court joined the first applicant's appeal to those of the second applicant



and Mr K.-H.W., a former East German border guard who is also an applicant before the European Court of Human Rights.

After hearing submissions from the Federal Ministry of Justice (*Bundesministerium für Justiz*) and the Administration of Justice Department of the *Land* of Berlin (*Senatsverwaltung für Justiz*), the Federal Constitutional Court dismissed the three appeals as being ill-founded, basing its decision on the following grounds in particular:

“Article 103 § 2 of the Basic Law has not been infringed.

The appellants submitted that Article 103 § 2 of the Basic Law had been breached mainly on account of the fact that the criminal courts had refused to allow them to plead a ground of justification provided for at the material time in the GDR’s provisions on the border-policing regime [*Grenzregime*], as interpreted and applied by the GDR authorities. The first, second and third appellants [Mr Hans Albrecht, who did not lodge any application with the Court, Mr Kessler and Mr Streletz] further submitted that they had been victims of the violation of a right guaranteed by Article 103 § 2 of the Basic Law in that they had been convicted, pursuant to the law of the Federal Republic, as indirect principals [*mittelbare Täter*].

Neither complaint is well-founded.

1. (a) Article 103 § 2 of the Basic Law is an expression of the principle of the rule of law ... This principle forms the basis for the use of civil rights and liberties, by guaranteeing legal certainty, by subjecting State power to statute law and by protecting trust. In addition, the principle of the rule of law includes, as one of the guiding ideas behind the Basic Law, the requirement of objective justice ... In the sphere of the criminal law, these concerns relating to the rule of law are reflected in the principle that no penalty may be imposed where there is no guilt. That principle is at the same time rooted in the human dignity and personal responsibility which are presupposed by the Basic Law and constitutionally protected by Articles 1 § 1 and 2 § 1 thereof, and to which the legislature must have regard when framing the criminal law ... It also underlies Article 103 § 2 of the Basic Law ...

Article 103 § 2 of the Basic Law secures these aims by allowing conviction only for acts which, at the time when they were committed, were defined by statute with sufficient precision as criminal offences. It further prohibits the imposition of a higher penalty than the one prescribed by law at the time when the offence was committed. In the interests of legal certainty and justice, it provides that in the sphere of the criminal law, which permits extremely serious interference with personal rights by the State, only the legislature may determine what offences shall be punishable. Article 103 § 2 of the Basic Law thus reinforces the rule of law by strictly reserving law-making to Parliament ... The citizen’s trust is earned by the fact that Article 103 § 2 gives him the assurance that the State will punish only acts which, at the time when they were committed, had been defined by Parliament as criminal offences, and for which it had prescribed specific penalties. That allows the citizen to regulate his conduct, on his own responsibility, in such a way as to avoid committing a punishable offence. This prohibition of the retroactive application of the criminal law is absolute ... It fulfils its role of guaranteeing the rule of law and fundamental rights by laying down a strict formal rule, and in that respect it is to be distinguished from other guarantees of the rule of law ...

(b) Article 103 § 2 of the Basic Law protects against retroactive modification of the assessment of the wrongfulness of an act to the offender's detriment ... Accordingly, it also requires that a statutory ground of justification which could be relied on at the time when an act was committed should continue to be applied even where, by the time criminal proceedings begin, it has been abolished. However, where justifications are concerned, in contrast to the definition of offences and penalties, the strict reservation of Parliament's law-making prerogative does not apply. In the sphere of the criminal law, grounds of justification may also be derived from customary law or case-law. Where grounds of justification not derived from written law, but nevertheless recognised at the material time, subsequently cease to be applied, the question arises whether and to what extent Article 103 § 2 of the Basic Law likewise protects the expectation that they will continue to be applied. No general answer to that question need be given here, because in the instant case a justification – based partly on legal provisions and partly on administrative instructions and practice – has been advanced in circumstances that make it possible to restrict the absolute prohibition of retroactiveness in Article 103 § 2 of the Basic Law.

(aa) Article 103 § 2 of the Basic Law contemplates as the normal case that the offence was committed and falls within the scope of the substantive criminal law of the Federal Republic of Germany, as shaped by the Basic Law, and that it is being judged in that context. In this normal case the criminal law, having been enacted in accordance with the precepts of democracy, the separation of powers and respect for fundamental rights, and therefore meeting in principle the requirements of objective justice [*materielle Gerechtigkeit*], provides the rule-of-law basis [*rechtsstaatliche Anknüpfung*] necessary for the absolute, strict protection of trust afforded by Article 103 § 2 of the Basic Law.

(bb) This principle no longer applies unrestrictedly in that, as a consequence of reunification, and as agreed in the Unification Treaty, Article 315 of the Introductory Act to the Criminal Code, taken together with Article 2 of that Code, provides that GDR criminal law is to be applied when criminal proceedings are brought in respect of offences committed in the former GDR. That rule is a consequence of the Federal Republic's assumption of responsibility for the administration of criminal justice in the territory of the GDR; it is accordingly compatible with Article 103 § 2 of the Basic Law, since citizens of the former GDR are tried according to the criminal law that was applicable to them at the material time, the law of the Federal Republic in force at the time of conviction being applied only if it is more lenient. However, this legal situation, in which the Federal Republic has to exercise its authority in criminal matters on the basis of the law of a State that neither practised democracy and the separation of powers nor respected fundamental rights, may lead to a conflict between the mandatory rule-of-law precepts of the Basic Law and the absolute prohibition of retroactiveness in Article 103 § 2 thereof, which, as has been noted, derives its justification in terms of the rule of law [*rechtsstaatliche Rechtfertigung*] in the special trust reposed in criminal statutes when these have been enacted by a democratic legislature required to respect fundamental rights. This special basis of trust no longer obtains where the other State statutorily defines certain acts as serious criminal offences while excluding the possibility of punishment by allowing grounds of justification covering some of those acts and even by requiring and encouraging them notwithstanding the provisions of written law, thus gravely breaching the human rights generally recognised by the international community. By such means those vested with State power set up a system so contrary to justice that it can survive only for as long as the State authority which brought it into being actually remains in existence.

In this wholly exceptional situation, the requirement of objective justice, which also embraces the need to respect the human rights recognised by the international community, makes it impossible for a court to accept such justifications. Absolute protection of the trust placed in the guarantee given by Article 103 § 2 of the Basic Law must yield precedence, otherwise the administration of criminal justice in the Federal Republic would be at variance with its rule-of-law premisses [*rechtsstaatliche Prämissen*]. A citizen now subject to the criminal jurisdiction of the Federal Republic is barred from relying on such grounds of justification; in all other respects the principle of trust continues to apply, every citizen enjoying the guarantee that if he is convicted it will be on the basis of the law applicable to him at the time when the offence was committed.

(cc) The Federal Republic has experienced similar conflicts when dealing with the crimes of National-Socialism.

1. In that connection, the Supreme Court of Justice for the British Zone, and later the Federal Court of Justice, ruled on the question whether an act might become punishable retroactively if a provision of written law was disregarded on account of a gross breach of higher-ranking legal principles. They took the view that there could be provisions and instructions that had to be denied the status of law, notwithstanding their claim to constitute law, because they infringed legal principles which applied irrespective of whether they were recognised by the State; whoever had behaved in accordance with such provisions remained punishable ... The Federal Court of Justice pointed out that in such cases the conduct of the offenders was not being judged by criteria which had acquired general validity only later. Nor were the offenders being called upon to answer the charges against them on the basis of criteria not yet valid or no longer valid at the material time. It could not be supposed that the offenders were not already familiar at the material time with the relevant principles, which were indispensable to human coexistence and belonged to the inviolable core of the law ...
2. The Federal Constitutional Court has so far had to deal with the problem of 'statutory injustice' [*gesetzliches Unrecht*] only in spheres other than that of the criminal law. It has taken the view that in cases where positive law is intolerably inconsistent with justice the principle of legal certainty may have to yield precedence to that of objective justice. In that connection it has referred to the writings of Gustav Radbruch<sup>11</sup>) ... and, in particular, to what has become known as Radbruch's formula ... On that point it has repeatedly stressed that positive law should be disapplied only in absolutely exceptional cases and that a merely unjust piece of legislation, which is unacceptable on any enlightened view, may nevertheless, because it also remains inherently conducive to order, still acquire legal validity and thus create legal certainty... However, the period of National-Socialist rule had shown that the legislature was capable of imposing gross 'wrong' by statute ..., so that, where a statutory provision was intolerably inconsistent with justice, that provision should be disapplied from the outset ...

---

1. Gustav Radbruch (1878-1949): German professor of law who considerably influenced the philosophy of law. Following the crimes of the Nazis, he formulated the principle, also known as "Radbruch's formula" (*Radbruch'sche Formel*), that positive law must be considered contrary to justice where the contradiction between statute law and justice is so intolerable that the former must give way to the latter.

2. The decisions challenged meet the constitutional criterion set forth under 1.

(a) The Federal Court of Justice has since further developed its case-law when trying cases of so-called 'government criminality' [*Regierungskriminalität*] during the Socialist Unity Party regime in the GDR ... That case-law also forms the basis for the decisions challenged here. It states that a court must disregard a justification if it purports to exonerate the intentional killing of persons who sought nothing more than to cross the intra-German border unarmed and without endangering interests generally recognised as enjoying legal protection, because such a justification, which puts the prohibition on crossing the border above the right to life, must remain ineffective on account of a manifest and intolerable infringement of elementary precepts of justice and of human rights protected under international law. The infringement in question is so serious as to offend against the legal beliefs concerning the worth and dignity of human beings that are common to all peoples. In such a case positive law has to give way to justice.

The Federal Court of Justice described the relationship between the criteria which together make up Radbruch's formula and the human rights protected under international law as being that the criteria of Radbruch's formula, which were difficult to apply because of their imprecision, had been supplemented by more specific assessment criteria, since the international human rights covenants provided a basis for determining when a State was infringing human rights according to the convictions of the world-wide legal community.

(b) That assessment is in keeping with the Basic Law. It is also supported by this Court's judgment of 31 July 1973 on the Basic Treaty [*Grundlagenvertrag*], which acknowledged that the GDR's practice at the intra-German border was inhuman, and that the Wall, the barbed wire, the 'death strip' [*Todesstreifen*] and the shoot-to-kill order were incompatible with the treaty obligations entered into by the GDR ...

(c) Against the finding that a ground of justification derived from State practice and purporting to allow 'border violators' to be killed must be disregarded as an instance of extreme State injustice, it cannot be objected by the appellants that the right to life and the right to freedom of movement are not unreservedly guaranteed by the International Covenant on Civil and Political Rights and that even democratic States of the Western type, based on the rule of law, have adopted legal provisions which expressly provide for the use of firearms under certain circumstances, particularly in connection with the pursuit and arrest of criminals. Admittedly, the wording of the GDR's legal provisions, in so far as they regulated the use of firearms at the intra-German border, corresponded to that of the Federal Republic's provisions on the use of force [*unmittelbarer Zwang*]. But the findings in the impugned judgments show that, superimposed on those legal provisions, there were orders which left no room for limitation of the use of firearms according to the principle of proportionality, and which conveyed to the border guards on the spot the view of their superiors – and ultimately of the National Defence Council – that border violators were to be 'annihilated' if they could not be prevented from crossing the border by other means. Through that subordination of the individual's right to life to the State's interest in preventing border crossings, the written law was eclipsed by the requirements of political expediency. Objectively speaking, this constituted extreme injustice.

(d) Nor can the appellants argue that, having accepted that a justification could be disregarded, the Federal Court of Justice had still not answered the question whether and in what circumstances the act thus held to be unlawful was punishable ... To establish punishability there is no need here for recourse to supra-positive legal

principles [*überpositive Rechtsgrundsätze*]. Reference need only be made to the values which the GDR itself took as the basis for its criminal law. At the material time Articles 112 and 113 of the GDR's Criminal Code absolutely prohibited the intentional taking of human life and marked the seriousness of such offences by prescribing severe punishment. If, for the reasons discussed above, there is no admissible ground of justification for a homicide, the definition of the offences in the above-mentioned provisions of criminal law makes such a homicide a punishable criminal offence.

3. The first three appellants object that it was incompatible with Article 103 § 2 of the Basic Law for the Federal Court of Justice, applying the law of the Federal Republic, to find them guilty of intentional homicide as indirect principals. That objection fails.

The criminal courts established, on the basis of the provisions in force in the GDR at the material time, that the appellants had rendered themselves liable to punishment through their involvement in the killing of fugitives. The Federal Court of Justice expressly endorsed the Regional Court's finding that according to those provisions the appellants were guilty of incitement to murder (Articles 2 § 2, sub-paragraph 1, and 112 § 1 of the GDR's Criminal Code). Only at a second stage did the Federal Court of Justice apply the law of the Federal Republic of Germany, in one case on the basis of Article 315 § 4 of the Introductory Act to the Criminal Code taken together with Article 9 § 1 of the Criminal Code (the place-of-commission, or place-of-effect rule) and in the other cases under Article 315 § 1 of the Introductory Act taken together with Article 2 § 3 of the Criminal Code, the law of the Federal Republic being more lenient than that of the GDR. In neither case were those decisions contrary to Article 103 § 2 of the Basic Law. Regarding the application of the place-of-commission rule, the Chamber [*Senat*] has already ruled on the issue in its decision of 15 May 1995 and it stands by that decision.

In view of its protective purpose, Article 103 § 2 of the Basic Law does not preclude the application of law more lenient than that applicable at the material time. The Federal Court of Justice, in agreement with academic writings ..., took the view that the more lenient law was the law which, on the basis of an overall comparison in the specific individual case, yielded a judgment more favourable to the offender, even if this or that criterion of assessment might appear to be less favourable than criteria laid down by the other law, the decisive factor being the legal consequences of the offence. That conclusion is compatible with the above-mentioned protective purpose of Article 103 § 2 of the Basic Law and cannot be questioned on constitutional grounds."

## 2. *The third applicant (Mr Krenz)*

23. In a judgment of 25 August 1997 the Berlin Regional Court sentenced the third applicant to six years and six months' imprisonment for intentional homicide as an indirect principal, on the ground that, as he had participated in two decisions of the Political Bureau (on 7 June 1985 and 11 March 1986) and two decisions of the National Defence Council (on 2 February 1984 and 25 January 1985) on the GDR's border-policing regime, he shared responsibility for the deaths of four young people who had attempted to flee the GDR between 1984 and 1989 by crossing the border between the two German States. These persons had been shot to death by East German border guards.

The cases concerned were the following.

On 1 December 1984 two GDR border guards fired shots at Mr Michael-Horst Schmidt, aged 20, as he was trying to climb over the Berlin Wall using a ladder, hitting him in the back. He was not given any first aid. He did not reach the hospital of the GDR's People's Police until two hours later, by which time he had bled to death. The guards who had shot him were congratulated, the only regret expressed being that they had used that much ammunition.

On 24 November 1986 two GDR border guards shot at Mr Michael Bittner, aged 25, who was also trying to climb over the Berlin Wall using a ladder, hitting him in the back. He lost his balance, fell to the ground and died a few minutes later from a wound to the heart while he was being taken outside the border zone. The guards who had shot him were awarded medals and given a few days' special leave.

On 12 February 1987 Mr Lutz Schmidt, aged 24, attempted to climb over the Berlin Wall with his friend, Mr Peter Schultze, aged 34, using a ladder. As the ladder was too short, the two men helped each other with their hands, but Mr Schultze fell on the west side of the Wall and Mr Schmidt on the east, where he was mortally wounded in the heart by shots fired by two GDR border guards. The guards who had shot him were awarded medals and given a few days' special leave and a bonus of 300 German marks.

During the night of 5 to 6 February 1989 Mr Chris Gueffroy and Mr Christian Gaudian, both aged 20, attempted to climb over the Berlin Wall. Mr Gueffroy was shot by a GDR border guard and died instantly. Mr Gaudian received bullet wounds. The guards who had shot them were congratulated.

On the basis of the criminal law applicable in the GDR at the material time, the Regional Court first declared the third applicant guilty of incitement to murder (Articles 22 § 2 (1) and 112 § 1 of the StGB-DDR – see paragraph 32 below), basing its decision on the grounds it had already given for the convictions of the first two applicants in its judgment of 16 September 1993 (see paragraph 19 above). It then applied the criminal law of the FRG, as being more lenient than that of the GDR, and convicted the applicant as an indirect principal in the intentional homicides committed (Articles 25 and 212 of the StGB – see paragraph 44 below).

The Regional Court further held that the applicant could not plead in justification the fact that the GDR's sovereignty had been limited by its dependence on the Soviet Union, since obligations arising from an alliance (*Bündnisverpflichtung*) did not absolve an individual of his criminal responsibility (*strafrechtliche Verantwortung*). In fixing the length of the applicant's sentence, the Regional Court likewise applied the criminal law of the FRG, as it was more lenient than that of the GDR.

24. On 9 April 1998 the applicant appealed against the above judgment to the Federal Court of Justice, relying, in particular, on Article 103 § 2 of the Basic Law and the principle of the non-retroactive application of criminal laws.

25. After holding a hearing on 27 October 1999, the Federal Court of Justice gave judgment on 8 November 1999, upholding on every point the judgment of the Regional Court and referring to a number of landmark judgments it had previously delivered on the same issues, including, in particular, the judgment of 26 July 1994 (see paragraph 20 above).

It noted, moreover, that the Regional Court had meticulously detailed the successive instructions given in the case (*Anordnungsketten*), starting with the decisions of the Political Bureau and the National Defence Council in which the applicant had participated, going on to the military chain of command (*militärische Befehlskette*), and ending with the orders given to border guards and the fatal shootings.

26. On 12 January 2000, sitting as a panel of three judges, the Federal Constitutional Court refused to entertain a constitutional appeal by the applicant, referring, in particular, to its landmark judgment of 24 October 1996 (see paragraph 22 above).

## II. RELEVANT DOMESTIC AND INTERNATIONAL LAW

### A. The Treaty on German Unification

27. The German Unification Treaty (*Einigungsvertrag*) of 31 August 1990, taken together with the Unification Treaty Act (*Einigungsvertragsgesetz*) of 23 September 1990, provides, in the transitional provisions of the Criminal Code (Articles 315 to 315 (c) of the Introductory Act to the Criminal Code (*Einführungsgesetz in das Strafgesetzbuch*), that the applicable law is in principle the law applicable in the place where an offence was committed (*Tatortrecht*). That means that, for acts committed by citizens of the GDR inside the territory of the GDR, the applicable law is in principle that of the GDR. Pursuant to Article 2 § 3 of the Criminal Code, the law of the FRG is applicable only if it is more lenient than GDR law.

### B. The legislation applicable in the GDR at the material time

1. *The 1968 and 1974 versions of the GDR's Constitution, identical as far as the provisions relevant to the present case are concerned, with the exception of Article 89 § 2 (see below)*

28. The relevant provisions of the Constitution were the following:

### Article 8

“The generally recognised rules of international law intended to promote peace and peaceful cooperation between peoples are binding [*sind verbindlich*] on the State and every citizen.”

### Article 19 § 2

“Respect for and protection of the dignity and liberty of the person [*Persönlichkeit*] are required of all State bodies, all forces in society and every citizen.”

### Article 30 §§ 1 and 2

“(1) The person and liberty of every citizen of the German Democratic Republic are inviolable.

(2) Restrictions are authorised only in respect of conduct punishable under the criminal law ... and must be prescribed by law. However, citizens’ rights may be restricted only in so far as the law provides and when such restriction appears to be unavoidable [*unumgänglich*].”

### Article 73

“The Council of State shall lay down the principles to be followed in matters of national defence and security. It shall organise the defence of the State with the assistance of the National Defence Council.”

### Article 89 § 2

(1974 version; in the 1968 version this sentence appeared in Article 89 § 3)

“Legal rules shall not contradict the Constitution.”

2. *The 1968 and 1979 versions of the GDR’s Criminal Code (“the StGB-DDR”), identical as far as the provisions relevant to the present case are concerned, with the exception of Article 213 (see below)*

29. The first chapter of the Special Part (*Besonderer Teil*) of the StGB-DDR, entitled “Crimes against the national sovereignty of the German Democratic Republic, peace, humanity and human rights”, included the following introduction:

“The merciless punishment of crimes against the national sovereignty of the German Democratic Republic, peace, humanity and human rights, and of war crimes, is an indispensable prerequisite for stable peace in the world, for the restoration of faith in fundamental human rights [*Wiederherstellung des Glaubens an grundlegende Menschenrechte*] and the dignity and worth of human beings, and for the preservation of the rights of all.”

30. Article 95 of the StGB-DDR was worded as follows:

“Any person whose conduct violates human or fundamental rights, international obligations or the national sovereignty of the German Democratic Republic may not plead [*kann sich nicht berufen auf*] statute law, an order or written instructions in justification; he shall be held criminally responsible.”



31. Article 84 of the StGB-DDR provided:

“Crimes against peace, humanity or human rights, and war crimes shall not be subject to the rules on limitation set out in this law [laying down the limitation periods for the various categories of offences].”

32. Article 112 § 1 of the StGB-DDR prescribed a prison sentence of ten years to life for murder (*Mord*). Article 22 § 1 of the StGB-DDR contemplated the offence of participation (*Teilnahme*) in an offence, and in particular incitement (*Anstiftung*) to commit one. Article 22 § 2 provided that criminal responsibility was to be determined by the law defining the offence. Article 82 § 1 (5) of the StGB-DDR laid down a limitation period of twenty-five years for the prosecution of offences attracting a sentence of more than ten years’ imprisonment.

33. Article 119 of the StGB-DDR was worded as follows:

“Any person present at the scene of an accident or a situation in which human life or health are endangered who fails to lend necessary assistance within his capacity to provide, although able to do so without any real danger to his own life or health and without breaching other important obligations, must give a satisfactory account of his conduct to a social organ of justice [*gesellschaftliches Organ der Rechtspflege*] or shall be punished by a public reprimand, a fine, a suspended sentence or a term of imprisonment of up to two years.”

34. Article 213 of the StGB-DDR (1979 version) provided:

“(1) Any person who illegally crosses the border of the German Democratic Republic or contravenes provisions regulating temporary authorisation to reside in the German Democratic Republic and transit through the German Democratic Republic shall be punished by a custodial sentence of up to two years, a suspended sentence with probation, imprisonment or a fine.

...

(3) In serious cases the offender shall be sentenced to one to eight years’ imprisonment. Cases are to be considered serious, in particular, where

1. the offence [*die Tat*] endangers human life or health;
2. the offence is committed through the use of firearms or by dangerous means or methods;
3. the offence is committed with particular intensity;
4. the offence is committed by means of a forgery [*Urkundenfälschung*], falsified documents [*Falschbeurkundung*] or documents fraudulently used, or through the use of a hiding-place [*Versteck*];
5. the offence is committed jointly with others; or
6. the offender has already been convicted of illegally crossing the border.

(4) Preparations and attempts shall be criminal offences.”

35. Article 1 § 3 of the second chapter of the StGB-DDR, which defined the term “serious crime” (*Verbrechen*), was worded as follows:

“Serious crimes are attacks dangerous to society [*gesellschaftsgefährliche Angriffe*] against the sovereignty of the German Democratic Republic, peace, humanity or human rights, war crimes, offences against the German Democratic Republic and deliberately committed life-endangering criminal acts [*vorsätzlich begangene Straftaten gegen das Leben*]. Likewise considered serious crimes are other offences dangerous to society which are deliberately committed against the rights and interests of citizens, socialist property and other rights and interests of society, which constitute serious violations of socialist legality and which, on that account, are punishable by at least two years’ imprisonment or in respect of which, within the limits of the applicable penalties, a sentence of over two years’ imprisonment has been imposed.”

36. Article 258 of the StGB-DDR provided:

“(1) Members of the armed forces shall not be criminally responsible for acts committed in execution of an order issued by a superior save where the execution of the order manifestly violates the recognised rules of public international law or a criminal statute.

(2) Where a subordinate’s execution of an order manifestly violates the recognised rules of public international law or a criminal statute, the superior who issued that order shall also be criminally responsible.

(3) Criminal responsibility shall not be incurred for refusal or failure to obey an order whose execution would violate the rules of public international law or a criminal statute.”

3. *The GDR’s People’s Police Act 1968*

37. Section 17 of the People’s Police Act, which came into force on 11 June 1968, provided:

“...

(2) The use of firearms is justified

(a) to prevent the imminent commission or continuation of an offence [*Straftat*] which appears, according to the circumstances, to constitute

– a serious crime [*Verbrechen*] against the sovereignty of the German Democratic Republic, peace, humanity or human rights

– a serious crime against the German Democratic Republic

– a serious crime against the person [*Persönlichkeit*]

– a serious crime against public safety or the State order

– any other serious crime, especially one committed through the use of firearms or explosives;

(b) to prevent the flight or effect the rearrest [*Wiederegreifung*] of persons

– who are strongly suspected of having committed a serious crime, or who have been arrested or imprisoned for committing a serious crime

– who are strongly suspected of having committed a lesser offence [*Vergehen*], or who have been arrested, taken into custody or sentenced to prison for committing an offence,

where there is evidence that they intend to use firearms or explosives, or to make their escape by some other violent means or by assaulting the persons charged with their arrest, imprisonment, custody or supervision, or to make their escape jointly with others

– who have received a custodial sentence and been incarcerated in a high-security or ordinary prison;

(c) against persons who attempt by violent means to effect or assist in the release of persons arrested, taken into custody or sentenced to imprisonment for the commission of a serious crime or lesser offence.

(3) The use of firearms must be preceded by a shouted warning [*Zuruf*] or warning shot [*Warnschuss*], save where imminent danger may be prevented or eliminated only through targeted use of the firearm.

(4) When firearms are used, human life should be preserved wherever possible. Wounded persons must be given first aid, subject to the necessary security measures being taken, as soon as implementation of the police operation permits.

(5) Firearms must not be used against persons who appear, from their outward aspect, to be children, or when third parties might be endangered. If possible, firearms should not be used against juveniles [*Jugendliche*] or female persons.

...”

Under section 20(3) of the Act, these provisions were also applicable to members of the National People’s Army.

#### 4. *The GDR’s State Borders Act 1982*

38. Section 27 of the State Borders Act, which came into force on 1 May 1982, and which replaced the People’s Police Act 1968, provided:

“(1) The use of firearms is the most extreme measure entailing the use of force against the person. Firearms may be used only where resort to physical force [*körperliche Einwirkung*], with or without the use of mechanical aids, has been unsuccessful or holds out no prospect of success. The use of firearms against persons is permitted only where shots aimed at objects or animals have not produced the result desired.

(2) The use of firearms is justified to prevent the imminent commission or continuation of an offence [*Straftat*] which appears in the circumstances to constitute a serious crime [*Verbrechen*]. It is also justified in order to arrest a person strongly suspected of having committed a serious crime.

(3) The use of firearms must, in principle, be preceded by a shouted warning or warning shot, save where imminent danger may be prevented or eliminated only through targeted use of the firearm.

(4) Firearms must not be used when

– the life or health of third parties may be endangered;

– the persons appear, from their outward aspect, to be children; or

– the shots would impinge on the sovereign territory of a neighbouring State.

If possible, firearms should not be used against juveniles [*Jugendliche*] or female persons.

(5) When firearms are used, human life should be preserved where possible. Wounded persons must be given first aid, subject to the necessary security measures being taken.”

### 5. *The legal provisions on the issue of passports and visas in the GDR*

39. Under the legal provisions on the issue of passports and visas in the GDR (the Passport Act (*Passgesetz*) of 1963 and the Passport Act and Order on Passports and Visas of 28 June 1979, as supplemented by the Order of 15 February 1982 (*Passgesetz und Pass- und Visaanordnung vom 28. Juni 1979, ergänzt durch die Anordnung vom 15. Februar 1982*)), it was impossible until 1 January 1989, for persons who enjoyed no political privileges, had not reached retirement age or had not been exempted on account of certain types of urgent family business, to leave the GDR legally.

Under Article 17 of the Order of 28 June 1979, no reasons had to be given before 1 January 1989 for decisions on applications for permission to leave, and no appeal lay against such decisions until the Order on Visas of 30 November 1988 was promulgated.

## C. The International Covenant on Civil and Political Rights

### 1. *The relevant provisions*

40. The United Nations International Covenant on Civil and Political Rights was ratified by the GDR on 8 November 1974 (see paragraph 20 above).

The relevant provisions of the Covenant are worded as follows.

#### Article 6 §§ 1 and 2

“1. Every human being has the inherent right to life. This right shall be protected by law. No one shall be arbitrarily deprived of his life.

2. In countries which have not abolished the death penalty, sentence of death may be imposed only for the most serious crimes in accordance with the law in force at the time of the commission of the crime and not contrary to the provisions of the present Covenant and to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. This penalty can only be carried out pursuant to a final judgment rendered by a competent court.”

#### Article 12 §§ 2 and 3

“2. Everyone shall be free to leave any country, including his own.

3. The above-mentioned rights shall not be subject to any restrictions except those which are provided by law, are necessary to protect national security, public order [*ordre public*], public health or morals or the rights and freedoms of others, and are consistent with the other rights recognised in the present Covenant.”

## 2. *The practice of the United Nations*

41. Before German reunification several members of the United Nations Human Rights Committee, which is charged under Article 28 of the Covenant with the task of ensuring that the Contracting Parties fulfil their obligations, expressed criticisms of the border-policing regime set up in the GDR.

The summary records of the 533rd and 534th meetings of the Human Rights Committee refer to the following comments, among other criticisms.

On 19 July 1984 Sir Vincent Evans, the British member of the Committee, pointed out

“[that with] respect to automatic weapons positioned along frontiers ... Article 6 § 2 of the Covenant authorised capital punishment ‘only for the most serious crimes’. An attempt to cross a frontier, even illegally, could in no case be considered a most serious crime. The killing of a person in such circumstances was simply a summary execution, without trial – a practice that was unjustifiable under Article 6.”

Sir Vincent also said

“that ... he was not convinced that the German Democratic Republic was really complying with the provisions of Article 12 of the Covenant. Everyone had the basic freedom to leave his own country; some restrictions were permitted by Article 12 § 3, but on three grounds only. The basic principle which determined whether or not persons might leave the German Democratic Republic was consistency with the rights and interests of that country; that seemed unduly broad when compared to the provisions of Article 12 § 3 of the Covenant.”

On the same day Mr Birame Ndiaye, the Senegalese member of the Committee, said

“that ... it seemed that the Government of the German Democratic Republic envisaged the possibility of restricting freedom of movement on grounds other than those provided for in Article 12 of the Covenant”.

42. By Resolution 1503, adopted in 1970, the United Nations Economic and Social Council put in place a procedure under which individuals could refer complaints to the Commission on Human Rights, which was charged with investigating whether these complaints revealed the existence of a “consistent pattern of gross and reliably attested violations of human rights and fundamental freedoms”.

On account of its restrictive policy on the freedom of movement, the GDR was repeatedly criticised under the Resolution 1503 procedure for failure to comply with the general obligation to respect human rights enshrined in Articles 1 § 3, 55 and 56 of the United Nations Charter. Thus, in the years 1981 to 1983, the GDR appeared in the list of countries to be examined under the Resolution 1503 procedure, as more than fifty persons (the number required for it to be possible to speak of a “consistent pattern of gross violations”) had complained to the Commission on Human Rights about the GDR’s policy of holding its people captive. However, the GDR authorised some of the complainants to leave its territory, thus succeeding in bringing their number below fifty and avoiding censure.

#### **D. The legislation applicable in the FRG at the material time**

43. Article 103 § 2 of the Basic Law (*Grundgesetz*) provides:

“An act shall not be punishable unless it has been so defined by law before it was committed.”

44. Article 212 of the FRG’s Criminal Code (“the StGB”) prescribes a prison sentence of from five years to life, in particularly serious cases, for intentional homicide (*Totschlag*). Article 25 of the StGB provides that the perpetrator of an offence is the person who committed it or who caused another to act in his place (*mittelbare Täterschaft*).

### **III. THE FRG’s RESERVATION IN RESPECT OF ARTICLE 7 § 2 OF THE CONVENTION**

45. The instrument of ratification of the Convention deposited by the German government on 13 November 1952 included a reservation and a declaration worded as follows:

“In conformity with Article 64 of the Convention [Article 57 since the entry into force of Protocol No. 11], the German Federal Republic makes the reservation that it will only apply the provisions of Article 7 paragraph 2 of the Convention within the limits of Article 103 paragraph 2 of the Basic Law of the German Federal Republic. This provides that any act is only punishable if it was so by law before the offence was committed.

The territory to which the Convention shall apply extends also to Western Berlin.”

## **THE LAW**

### **I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 7 § 1 OF THE CONVENTION**

46. The applicants submitted that the acts on account of which they had been prosecuted did not constitute offences, at the time when they were committed, according to the law of the GDR or international law,

and that their conviction by the German courts had therefore breached Article 7 § 1 of the Convention, which provides:

“No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed.”

## A. Arguments of those appearing before the Court

### 1. *The applicants*

47. According to the applicants, their convictions after the reunification of Germany were not foreseeable, and moreover they had never been prosecuted in the GDR. They alleged that even the German courts had accepted that the reason why they had not been prosecuted at the material time was that the acts on account of which they had been charged did not constitute offences under the criminal law of the GDR, regard being had to the wording of section 27(2) of the GDR's State Borders Act. The *ex post facto* interpretation of the GDR's criminal law by the courts of reunified Germany was not based on any case-law of the GDR's courts and would have been impossible for the applicants to foresee at the time of the events which gave rise to the charges. What had taken place, therefore, had not been a gradual development in the interpretation of GDR law but rather a total refusal to accept the justifications the applicants had pleaded, on the ground that these were contrary to the FRG's Basic Law (Radbruch's formula of “statutory injustice” – *Radbruch'sche Formel des “gesetzlichen Unrechts”*). Moreover, implementation of the border-policing regime had been essential to preserve the existence of the GDR.

While all three applicants considered that they had acted in accordance with GDR law, the third applicant contended, in particular, that by the time he became a member of the Political Bureau and the National Defence Council, in 1983, the latter body had decided to remove the anti-personnel mines and the automatic-fire systems. He had therefore been convicted only for the use of firearms by border guards. However, even that conviction had been unjustified since the applicant had not participated in a single meeting of the Political Bureau or the National Defence Council during which an express order to use firearms at the border had been given.

The applicants further alleged that the acts in issue did not constitute offences under international law either. As regards the International Covenant on Civil and Political Rights, ratified by the GDR, they observed that no international body had censured the GDR for violation

of its provisions and that, even if that had been the case, there was a fundamental distinction between a State's responsibility under international law, on the one hand, and the criminal responsibility of an individual under domestic criminal law, on the other. Moreover, in the majority of States access to the border was forbidden or strictly regulated, and the use of firearms by border guards authorised if the persons hailed by them did not heed their warnings.

## *2. The Government*

48. The Government submitted that the applicants, as leaders of the GDR, could easily have realised that the GDR's border-policing regime, with its unparalleled technical sophistication and its ruthless use of firearms, was directed against persons who had been forbidden to leave the GDR by administrative authorities which constantly refused, without giving reasons, to allow citizens of the GDR to travel to the FRG, and particularly to West Berlin. Consequently, they could also have foreseen that the killing of unarmed fugitives who were not a threat to anyone might give rise to criminal prosecutions under the relevant legal provisions, notwithstanding the contrary practice followed by the GDR regime. In particular, anyone could have foreseen that, in the event of a change of regime in the GDR, these acts might constitute criminal offences, on account of the family and other ties which transcended the border dividing Germany.

The Government submitted that the German courts had interpreted GDR law in a legitimate way. If the GDR authorities had correctly applied their own relevant legal provisions, taking account of the GDR's international obligations after ratification of the International Covenant on Civil and Political Rights and of general human rights principles, including protection of the right to life in particular, they should have arrived at the same interpretation. The question whether or not the International Covenant had been transposed into the GDR's domestic law was of no consequence in that regard.

## **B. The Court's assessment**

### *1. General principles*

49. Firstly, the Court reiterates the fundamental principles established by its case-law on the interpretation and application of domestic law.

While the Court's duty, according to Article 19 of the Convention, is to ensure the observance of the engagements undertaken by the Contracting



Parties to the Convention, it is not its function to deal with errors of fact or law allegedly committed by a national court unless and in so far as they may have infringed rights and freedoms protected by the Convention (see, among many other authorities, *Schenk v. Switzerland*, judgment of 12 July 1988, Series A no. 140, p. 29, § 45).

Moreover, it is primarily for the national authorities, notably the courts, to interpret and apply domestic law (see, *mutatis mutandis*, *Kopp v. Switzerland*, judgment of 25 March 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-II, p. 541, § 59).

50. Secondly, the Court reiterates the fundamental principles laid down in its case-law on Article 7 of the Convention, particularly in *S.W. v. the United Kingdom* and *C.R. v. the United Kingdom* (judgments of 22 November 1995, Series A no. 335-B, pp. 41-42, §§ 34-36, and Series A no. 335-C, pp. 68-69, §§ 32-34, respectively):

“The guarantee enshrined in Article 7, which is an essential element of the rule of law, occupies a prominent place in the Convention system of protection, as is underlined by the fact that no derogation from it is permissible under Article 15 in time of war or other public emergency. It should be construed and applied, as follows from its object and purpose, in such a way as to provide effective safeguards against arbitrary prosecution, conviction and punishment.

Accordingly, as the Court held in its *Kokkinakis v. Greece* judgment of 25 May 1993 (Series A no. 260-A, p. 22, § 52), Article 7 is not confined to prohibiting the retrospective application of the criminal law to an accused’s disadvantage: it also embodies, more generally, the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) and the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused’s detriment, for instance by analogy. From these principles it follows that an offence must be clearly defined in the law. In its aforementioned judgment the Court added that this requirement is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts’ interpretation of it, what acts and omissions will make him criminally liable. The Court thus indicated that when speaking of ‘law’ Article 7 alludes to the very same concept as that to which the Convention refers elsewhere when using that term, a concept which comprises written as well as unwritten law and implies qualitative requirements, notably those of accessibility and foreseeability (see ... the *Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom* judgment of 13 July 1995, Series A no. 316-B, pp. 71-72, § 37).

However clearly drafted a legal provision may be, in any system of law, including criminal law, there is an inevitable element of judicial interpretation. There will always be a need for elucidation of doubtful points and for adaptation to changing circumstances. Indeed, in ... the ... Convention States, the progressive development of the criminal law through judicial law-making is a well entrenched and necessary part of legal tradition. Article 7 of the Convention cannot be read as outlawing the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from case to case, provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen.”

## 2. *Application of the above principles to the present case*

51. In the light of the above principles concerning the scope of its supervision, the Court observes that it is not its task to rule on the applicants' individual criminal responsibility, that being primarily a matter for the assessment of the domestic courts, but to consider, from the standpoint of Article 7 § 1 of the Convention, whether the applicants' acts, at the time when they were committed, constituted offences defined with sufficient accessibility and foreseeability by the law of the GDR or international law.

52. In that connection, it notes that one special feature of the present case is that its background is the transition between two States governed by two different legal systems, and that after reunification the German courts convicted the applicants for crimes they had committed in their capacity as leaders of the GDR.

### (a) **National law**

#### (i) *The legal basis for the applicants' convictions*

53. The Court notes that the German courts first found the applicants guilty of incitement to murder on the basis of the criminal law applicable in the GDR at the material time (Articles 22 § 2 and 112 § 1 of the GDR's Criminal Code ("the StGB-DDR") – see paragraph 32 above). After rejecting the grounds of justification pleaded by the applicants – based on the law and practice of the GDR – they held that, on account of the very senior positions which the applicants had occupied in the GDR's State apparatus, they shared responsibility for the deaths of a number of people aged between 18 and 28 who had attempted to leave the GDR between 1971 and 1989 by crossing the border between the two German States. They then applied the criminal law of the FRG, as being more lenient than that of the GDR, sentencing the applicants for a number of counts of intentional homicide as indirect principals, under Articles 25 and 212 of the FRG's Criminal Code, to terms of imprisonment of five and a half years, seven and a half years and six and a half years respectively (see paragraphs 19, 20, 23 and 25 above).

54. The German courts thus applied the principle, formulated in the German Unification Treaty of 31 August 1990 and in this treaty's implementing Act of 23 September 1990, that for acts committed by citizens of the GDR inside the territory of the GDR the applicable law is that of the GDR, the law of the FRG being applied only where it is more lenient (*lex mitius*) (see paragraph 27 above).

55. The legal basis for the applicants' convictions was therefore the criminal law of the GDR applicable at the material time, and their sentences corresponded in principle to those prescribed in the relevant

provisions of the GDR's legislation; in the event, the sentences imposed on the applicants were lower, by virtue of the principle of applying the more lenient law, which was that of the FRG.

(ii) *Grounds of justification under GDR law*

56. However, the applicants submitted that by virtue of the grounds of justification provided for in section 17(2) of the People's Police Act and section 27(2) of the State Borders Act, taken together with Article 213 of the StGB-DDR (see paragraphs 34 and 37-38 above), they had acted in accordance with the law of the GDR, and moreover that they had never been prosecuted on that account in the GDR.

57. Since the term "law" in Article 7 § 1 of the Convention comprises written as well as unwritten law, the Court must first consider the relevant rules of the GDR's written law before examining whether the interpretation of those rules by the German courts complied with Article 7 § 1. In doing so it must also analyse, with regard to that provision, the nature of the GDR's State practice, which was superimposed on these rules at the material time.

58. As the events in issue took place between 1971 and 1989, the rules of written law applicable at the material time included the 1968 and 1979 versions of the Criminal Code, the People's Police Act 1968, superseded by the State Borders Act 1982, and the 1968 and 1974 versions of the GDR's Constitution.

59. It is true that section 17(2) of the People's Police Act and section 27(2) of the State Borders Act justified the use of firearms "to prevent the imminent commission or continuation of an offence which appears in the circumstances to constitute a serious crime" or "in order to arrest a person strongly suspected of having committed a serious crime". The term "serious crime" was defined in Article 213 § 3 of the StGB-DDR, which listed the cases in which the offence of illegal border-crossing was considered to be serious, which included those where it "endanger[ed] human life or health", where it was "committed through the use of firearms or by dangerous means or methods", where it was "committed with particular intensity", or where it was "committed jointly with others".

60. Section 17 of the People's Police Act and section 27 of the State Borders Act thus listed exhaustively the conditions under which the use of firearms was authorised and further provided, in subsections 4 and 5 respectively: "When firearms are used, human life should be preserved where possible. Wounded persons must be given first aid." Section 27(1) provided: "The use of firearms is the most extreme measure entailing the use of force against the person." Section 27(4) stated: "If possible, firearms should not be used against juveniles [*Jugendliche*]." In addition,

Article 119 of the Criminal Code defined the offence of failing to lend assistance to a person in danger (see paragraph 33 above).

61. These provisions, which therefore expressly included the principle of proportionality and the principle that human life must be preserved, should also be read in the light of the principles enshrined in the Constitution of the GDR itself. Article 89 § 2 of the Constitution provided: “Legal rules shall not contradict the Constitution”; Article 19 § 2 provided: “Respect for and protection of the dignity and liberty of the person are required of all State bodies, all forces in society and every citizen”; lastly, Article 30 §§ 1 and 2 provided: “The person and liberty of every citizen of the German Democratic Republic are inviolable” and “citizens’ rights may be restricted only in so far as the law provides and when such restriction appears to be unavoidable [*unumgänglich*]” (see paragraph 28 above).

62. Moreover, the first chapter of the Special Part of the GDR’s Criminal Code provided: “The merciless punishment of crimes against ... peace, humanity and human rights ... is an indispensable prerequisite for stable peace in the world, for the restoration of faith in fundamental human rights [*Wiederherstellung des Glaubens an grundlegende Menschenrechte*] and the dignity and worth of human beings, and for the preservation of the rights of all” (see paragraph 29 above).

63. In the present case the German courts convicted the applicants on account of their responsibility for the deaths of a number of persons who had attempted to cross the border between the two German States, often with very rudimentary equipment such as ladders. They were mostly very young (the youngest was 18 and four of the others were only 20), they were unarmed, they did not represent a threat to anyone and their one aim was to leave the GDR, as it was almost impossible at that time for ordinary citizens, apart from pensioners and a few privileged persons, to leave the GDR legally (see the provisions on the issue of passports and visas in the GDR – paragraph 39 above). Their attempts to cross the border, although prohibited by GDR law, could not therefore be classified as serious crimes since none of the cases fell into the category of serious offences as defined in Article 213 § 3 of the GDR’s Criminal Code.

64. In the light of the above-mentioned principles, enshrined in the Constitution and the other legal provisions of the GDR, the Court therefore considers that the applicants’ conviction by the German courts, which had interpreted the above provisions and applied them to the cases in issue, does not appear at first sight to have been either arbitrary or contrary to Article 7 § 1 of the Convention.

65. Admittedly, the German courts took different approaches to the interpretation of the grounds of justification pleaded by the applicants on the basis of section 27(2) of the GDR’s State Borders Act in particular.

The Berlin Regional Court held that these grounds of justification could not be relied on because they flagrantly and intolerably infringed “elementary precepts of justice and human rights protected under international law” (see paragraphs 19 and 23 above).

The Federal Court of Justice considered that, even at the material time, a correct interpretation of section 27(2) of the State Borders Act would have shown that such grounds of justification could not be pleaded on account of the limits laid down by the Act itself and in the light of the GDR’s Constitution and its obligations under public international law (see paragraphs 20 and 25 above).

Lastly, the Federal Constitutional Court held: “In this wholly exceptional situation, the requirement of objective justice, which also embraces the need to respect the human rights recognised by the international community, makes it impossible for a court to accept such a defence. Absolute protection of the trust placed in the guarantee given by Article 103 § 2 of the Basic Law must yield precedence, otherwise the administration of criminal justice in the Federal Republic would be at variance with its rule-of-law premisses” (see paragraphs 22 and 26 above).

66. However, as the interpretation and application of domestic law are primarily matters to be assessed by the domestic courts, it is not for the Court to express an opinion on these different approaches, which illustrate the legal complexity of the case. It is sufficient for the Court to satisfy itself that the result reached by the German courts was compatible with the Convention, and specifically with Article 7 § 1.

(iii) *Grounds of justification derived from GDR State practice*

67. Since the term “law” in Article 7 § 1 of the Convention includes unwritten law, the Court must also, before going further into the merits of the case, analyse the nature of the GDR’s State practice, which was superimposed on the rules of written law at the material time.

68. In that context, it should be pointed out that at the time of the offences in issue none of the applicants was prosecuted for them in the GDR. This was because of the contradiction between the principles laid down in the GDR’s Constitution and its legislation, on the one hand, which were very similar to those of a State governed by the rule of law, and the repressive practice of the border-policing regime in the GDR and the orders issued to protect the border, on the other.

69. To staunch the endless flow of fugitives, the GDR built the Berlin Wall on 13 August 1961 and reinforced all the security measures along the border between the two German States with anti-personnel mines and automatic-fire systems. In addition to these measures, border guards were ordered “not to permit border crossings, to arrest border violators [*Grenzverletzer*] or to annihilate them [*vernichten*] and to protect the State

border at all costs". In the event of a successful crossing of the border, the guards on duty knew that an investigation would be conducted by the military prosecutor; in the opposite case, they could expect congratulations (see paragraphs 19 and 23 above).

70. As the German courts found, the above measures and orders had incontestably been decided upon by the organs of government of the GDR mentioned in Article 73 of its Constitution (see paragraph 28 above), namely the Council of State and the National Defence Council, of which the applicants were members: the first applicant (Mr Streletz) was a member of the National Defence Council from 1971 onwards; the second (Mr Kessler) from 1967; the third applicant (Mr Krenz) was a member of the Central Committee of the Socialist Unity Party from 1973 onwards, of the Council of State from 1981, and of the National Defence Council from 1983.

71. Thus the aim of the above State practice, implemented by the applicants, had been to protect the border between the two German States "at all costs" in order to preserve the GDR's existence, which was threatened by the massive exodus of its own population.

72. However, the Court points out that the reason of State thus pleaded must be limited by the principles enunciated in the Constitution and legislation of the GDR itself; it must above all respect the need to preserve human life, enshrined in the GDR's Constitution, People's Police Act and State Borders Act, regard being had to the fact that even at the material time the right to life was already, internationally, the supreme value in the hierarchy of human rights (see paragraph 94 below).

73. The Court considers that recourse to anti-personnel mines and automatic-fire systems, in view of their automatic and indiscriminate effect, and the categorical nature of the border guards' orders to "annihilate border violators [*Grenzverletzer*] and protect the border at all costs", flagrantly infringed the fundamental rights enshrined in Articles 19 and 30 of the GDR's Constitution, which were essentially confirmed by the GDR's Criminal Code (Article 213) and successive statutes on the GDR's borders (section 17(2) of the People's Police Act 1968 and section 27(2) of the State Borders Act 1982). This State practice was also in breach of the obligation to respect human rights and the other international obligations of the GDR, which, on 8 November 1974, had ratified the International Covenant on Civil and Political Rights, expressly recognising the right to life and to the freedom of movement (see paragraph 40 above), regard being had to the fact that it was almost impossible for ordinary citizens to leave the GDR legally. Even though the use of anti-personnel mines and automatic-fire systems had ceased in about 1984, the border guards' orders remained unchanged until the fall of the Berlin Wall in November 1989.

74. The Court further notes that, in justification, the applicants relied on the order to fire which they themselves had issued to the border guards

and on the ensuing practice, on account of which they had been convicted. However, according to the general principles of law, defendants are not entitled to justify the conduct which has given rise to their conviction simply by showing that such conduct did in fact take place and therefore formed a practice.

75. Moreover, irrespective of the GDR's responsibility as a State, the applicants' acts as individuals were defined as criminal by Article 95 of the StGB-DDR, which already provided in its 1968 version, in terms repeated in 1979: "Any person whose conduct violates human or fundamental rights ... may not plead statute law, an order or written instructions in justification; he shall be held criminally responsible" (see paragraph 30 above).

76. There is accordingly no doubt that the applicants bore individual responsibility for the acts in question.

*(iv) Foreseeability of the convictions*

77. However, the applicants argued that in view of the reality of the situation in the GDR their conviction by the German courts had not been foreseeable and that it had been absolutely impossible for them to foresee that they would one day be called to account in a criminal court because of a change of circumstances.

78. The Court is not convinced by that argument. The broad divide between the GDR's legislation and its practice was to a great extent the work of the applicants themselves. Because of the very senior positions they occupied in the State apparatus, they evidently could not have been ignorant of the GDR's Constitution and legislation, or of its international obligations and the criticisms of its border-policing regime that had been made internationally (see paragraphs 41-42 above). Moreover, they themselves had implemented or maintained that regime, by superimposing on the statutory provisions, published in the GDR's Official Gazette, secret orders and service instructions on the consolidation and improvement of the border-protection installations and the use of firearms. In the order to fire given to border guards they had insisted on the need to protect the GDR's borders "at all costs" and to arrest "border violators" or "annihilate" them (see paragraph 15 above). The applicants were therefore directly responsible for the situation which obtained at the border between the two German States from the beginning of the 1960s until the fall of the Berlin Wall in 1989.

79. Moreover, the fact that the applicants had not been prosecuted in the GDR, and were not prosecuted and convicted by the German courts until after the reunification, on the basis of the legal provisions applicable in the GDR at the material time, does not in any way mean that their acts were not offences according to the law of the GDR.

80. In that connection, the Court notes that the problem Germany had to deal with after reunification as regards the attitude to adopt *vis-à-vis* persons who had committed crimes under a former regime has also arisen for a number of other States which have gone through a transition to a democratic regime.

81. The Court considers that it is legitimate for a State governed by the rule of law to bring criminal proceedings against persons who have committed crimes under a former regime; similarly, the courts of such a State, having taken the place of those which existed previously, cannot be criticised for applying and interpreting the legal provisions in force at the material time in the light of the principles governing a State subject to the rule of law.

82. Indeed, the Court reiterates that for the purposes of Article 7 § 1, however clearly drafted a provision of criminal law may be, in any legal system, there is an inevitable element of judicial interpretation. There will always be a need for elucidation of doubtful points and for adaptation to changing circumstances (see *S.W. v. the United Kingdom* and *C.R. v. the United Kingdom*, both cited above, loc. cit. – paragraph 50). Admittedly, that concept applies in principle to the gradual development of case-law in a given State subject to the rule of law and under a democratic regime, factors which constitute the cornerstones of the Convention, as its preamble states (see paragraph 83 below), but it remains wholly valid where, as in the present case, one State has succeeded another.

83. Contrary reasoning would run counter to the very principles on which the system of protection put in place by the Convention is built. The framers of the Convention referred to those principles in the preamble to the Convention when they reaffirmed “their profound belief in those fundamental freedoms which are the foundation of justice and peace in the world and are best maintained, on the one hand, by an effective political democracy and, on the other, by a common understanding and observance of the human rights upon which they depend” and declared that they were “like-minded” and had “a common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law”.

84. It should also be pointed out that the parliament of the GDR, democratically elected in 1990, had expressly requested the German legislature to ensure that criminal prosecutions would be brought in respect of the injustices committed by the Socialist Unity Party (see paragraph 18 above). That makes it reasonable to suppose that, even if the German reunification had not taken place, a democratic regime taking over from the Socialist Unity Party regime in the GDR would have applied the GDR’s legislation and prosecuted the applicants, as the German courts did after reunification.

85. Moreover, regard being had to the pre-eminence of the right to life in all international instruments on the protection of human rights (see



paragraphs 92-94 below), including the Convention itself, in which the right to life is guaranteed by Article 2, the Court considers that the German courts' strict interpretation of the GDR's legislation in the present case was compatible with Article 7 § 1 of the Convention.

86. The Court notes in that connection that the first sentence of Article 2 § 1 of the Convention enjoins States to take appropriate steps to safeguard the lives of those within their jurisdiction. That implies a primary duty to secure the right to life by putting in place effective criminal-law provisions to deter the commission of offences which endanger life, backed up by law-enforcement machinery for the prevention, suppression and sanctioning of breaches of such provisions (see, among other authorities, *Osman v. the United Kingdom*, judgment of 28 October 1998, *Reports* 1998-VIII, p. 3159, § 115, and *Akkoç v. Turkey*, nos. 22947/93 and 22948/93, § 77, ECHR 2000-X).

87. The Court considers that a State practice such as the GDR's border-policing policy, which flagrantly infringes human rights and above all the right to life, the supreme value in the international hierarchy of human rights, cannot be covered by the protection of Article 7 § 1 of the Convention. That practice, which emptied of its substance the legislation on which it was supposed to be based, and which was imposed on all organs of the GDR, including its judicial bodies, cannot be described as "law" within the meaning of Article 7 of the Convention.

88. The Court, accordingly, takes the view that the applicants, who, as leaders of the GDR, had created the appearance of legality emanating from the GDR's legal system but then implemented or continued a practice which flagrantly disregarded the very principles of that system, cannot plead the protection of Article 7 § 1 of the Convention. To reason otherwise would run counter to the object and purpose of that provision, which is to ensure that no one is subjected to arbitrary prosecution, conviction or punishment.

89. Having regard to all of the above considerations, the Court holds that at the time when they were committed the applicants' acts constituted offences defined with sufficient accessibility and foreseeability in GDR law.

**(b) International law**

*(i) Applicable rules*

90. The Court considers that it is its duty to examine the present case from the standpoint of the principles of international law also, particularly those relating to the international protection of human rights, especially because the German courts used arguments grounded on those principles (see paragraphs 19 *in fine* and 20 above).

91. It is therefore necessary to consider whether, at the time when they were committed, the applicants' acts constituted offences defined with sufficient accessibility and foreseeability under international law, particularly the rules of international law on the protection of human rights.

(ii) *International protection of the right to life*

92. The Court notes in the first place that in the course of the development of that protection the relevant conventions and other instruments have constantly affirmed the pre-eminence of the right to life.

93. Article 3 of the Universal Declaration of Human Rights of 10 December 1948, for example, provides: "Everyone has the right to life." That right was confirmed by the International Covenant on Civil and Political Rights of 16 December 1966, ratified by the GDR on 8 November 1974, Article 6 of which provides: "Every human being has the inherent right to life" and "No one shall be arbitrarily deprived of his life" (see paragraph 40 above). It is also included in the Convention, Article 2 § 1 of which provides:

"Everyone's right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law."

94. The convergence of the above-mentioned instruments is significant: it indicates that the right to life is an inalienable attribute of human beings and forms the supreme value in the hierarchy of human rights.

95. However, the applicants alleged that their actions had been justified by the exceptions in Article 2 § 2 of the Convention, which provides:

"Deprivation of life shall not be regarded as inflicted in contravention of this Article when it results from the use of force which is no more than absolutely necessary:

- (a) in defence of any person from unlawful violence;
- (b) in order to effect a lawful arrest or to prevent the escape of a person lawfully detained;
- (c) in action lawfully taken for the purpose of quelling a riot or insurrection."

96. The Court considers that, regard being had to the arguments set out above, the deaths of the fugitives were in no sense the result of a use of force which was "absolutely necessary"; the State practice implemented in the GDR by the applicants did not protect anyone against unlawful violence, was not pursued in order to make any arrest that could be described as "lawful" according to the law of the GDR, and had nothing

to do with the quelling of a riot or insurrection, as the fugitives' only aim was to leave the country.

97. It follows that the applicants' acts were not justified in any way under Article 2 § 2 of the Convention.

*(iii) International protection of the freedom of movement*

98. Like Article 2 § 2 of Protocol No. 4 to the Convention, Article 12 § 2 of the International Covenant on Civil and Political Rights provides: "Everyone shall be free to leave any country, including his own." Restrictions on that right are authorised only where they are provided by law, are necessary to protect national security, public order, public health or morals or the rights and freedoms of others, and are consistent with the other rights recognised in the Covenant (see paragraph 40 above).

99. The applicants relied on those restrictions to justify the introduction and continued operation the GDR's border-policing regime.

100. However, the Court considers that in the present case none of the above exceptions applied. Firstly, the acts in issue were orders, given and executed, which were not compatible with either the Constitution or statute law. Secondly, it cannot be contended that a general measure preventing almost the entire population of a State from leaving was necessary to protect its security, or for that matter the other interests mentioned. Secondly, the way in which the GDR put into practice the prohibition barring its nationals from leaving the country and punished contravention of that policy was contrary to another right secured under the Covenant, namely the right to life guaranteed by Article 6, for those who were its victims.

101. Still in connection with the right to freedom of movement, the Court points out that when Hungary opened its border with Austria on 11 September 1989 it denounced a bilateral agreement between itself and the GDR, referring expressly to Articles 6 and 12 of the International Covenant and to Article 62 (fundamental change of circumstances) of the Vienna Convention on the Law of Treaties (see paragraph 17 above).

*(iv) The GDR's State responsibility and the applicants' individual responsibility*

102. Thus, by installing anti-personnel mines and automatic-fire systems along the border, and by ordering border guards to "annihilate border violators and protect the border at all costs", the GDR had set up a border-policing regime that clearly disregarded the need to preserve human life, which was enshrined in the GDR's Constitution and

legislation, and the right to life protected by the above-mentioned international instruments; that regime likewise infringed the right to the freedom of movement mentioned in Article 12 of the International Covenant on Civil and Political Rights.

103. The State practice in issue was to a great extent the work of the applicants themselves, who, as political leaders, knew – or should have known – that it infringed both fundamental rights and human rights, since they could not have been ignorant of the legislation of their own country. Articles 8 and 19 § 2 of the 1968 Constitution already provided, respectively: “The generally recognised rules of international law intended to promote peace and peaceful cooperation between peoples are binding on the State and every citizen” and “Respect for and protection of the dignity and liberty of the person are required of all State bodies, all forces in society and every citizen” (see paragraph 28 above). Furthermore, as early as 1968 the first chapter of the Special Part of the Criminal Code included an introduction that provided: “The merciless punishment of crimes against ... humanity and human rights ... is an indispensable prerequisite for stable peace in the world, for the restoration of faith in fundamental human rights and the dignity and worth of human beings, and for the preservation of the rights of all” (see paragraph 29 above). Similarly, as noted above (paragraph 78), the applicants could not have been ignorant of the international obligations entered into by the GDR or of the repeated international criticism of its border-policing regime.

104. If the GDR still existed, it would be responsible from the viewpoint of international law for the acts concerned. It remains to be established that alongside that State responsibility the applicants individually bore criminal responsibility at the material time. Even supposing that such responsibility cannot be inferred from the above-mentioned international instruments on the protection of human rights, it may be deduced from those instruments when they are read together with Article 95 of the GDR’s Criminal Code, which explicitly provided, and moreover from as long ago as 1968, that individual criminal responsibility was to be borne by those who violated the GDR’s international obligations or human rights and fundamental freedoms.

105. In the light of all of the above considerations, the Court considers that at the time when they were committed the applicants’ acts also constituted offences defined with sufficient accessibility and foreseeability by the rules of international law on the protection of human rights.

106. In addition, the applicants’ conduct could be considered, likewise under Article 7 § 1 of the Convention, from the standpoint of other rules of international law, notably those concerning crimes against humanity. However, the conclusion reached by the Court (see paragraph 105 above) makes consideration of that point unnecessary.

(c) **Conclusion**

107. Accordingly, the applicants' conviction by the German courts after the reunification was not in breach of Article 7 § 1.

108. In the light of that finding, the Court is not required to consider whether their convictions were justified under Article 7 § 2 of the Convention.

## II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 1 OF THE CONVENTION

109. The applicants submitted that the decision of the Federal Constitutional Court was incompatible with Article 1 of the Convention, which provides:

“The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of [the] Convention.”

110. According to the applicants, the decision of the Federal Constitutional Court created a discriminatory system of justice through its reliance on “Radbruch’s formula” (see paragraph 22 above) in order to deny former citizens of the GDR, now citizens of the FRG, the possibility of relying on the principle of the non-retroactiveness of criminal statutes enshrined in Article 7 § 1 of the Convention.

111. The Court observes that it has jurisdiction to review the circumstances complained of by an applicant in the light of the entirety of the Convention’s requirements. In the performance of that task it is, notably, free to attribute to the facts of the case, as found to be established on the evidence before it, a characterisation in law different from that given by the applicant or, if need be, to view the facts in a different manner (see, among other authorities, *Foti and Others v. Italy*, judgment of 10 December 1982, Series A no. 56, pp. 15-16, § 44, and *Rehbock v. Slovenia*, no. 29462/95, § 63, ECHR 2000-XII).

112. Thus, in the present case, the applicants’ complaint cannot be raised under Article 1 of the Convention, which is a framework provision that cannot be breached on its own (see *Ireland v. the United Kingdom*, judgment of 18 January 1978, Series A no. 25, p. 90, § 238). It could, however, be examined under Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 7, as the applicants complained in substance of discrimination they had allegedly suffered as former citizens of the GDR. Article 14 of the Convention provides:

“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.”

113. However, the Court considers that the principles applied by the Federal Constitutional Court had general scope and were therefore equally valid in respect of persons who were not former nationals of the GDR.

114. Accordingly, there has been no discrimination contrary to Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 7.

**FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY**

1. *Holds* that there has been no violation of Article 7 § 1 of the Convention;
2. *Holds* that there has been no discrimination contrary to Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 7.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 22 March 2001.

Luzius WILDHABER  
President

Michele DE SALVIA  
Registrar

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

- (a) concurring opinion of Mr Loucaides;
- (b) concurring opinion of Mr Zupančič;
- (c) concurring opinion of Mr Levits.

L.W.  
M. de S.

## CONCURRING OPINION OF JUDGE LOUCAIDES

I agree with the conclusions set out in the judgment but I would like to explain my own approach regarding the question whether the conduct of the applicants constituted an offence under international law at the material time for the purposes of Article 7 § 1 of the Convention.

The majority found that the applicants were convicted on account of acts which constituted at the material time offences defined with sufficient accessibility and foreseeability by the international rules on human rights protection. In that respect, the majority relied on international law rules on the protection of the right to life and the freedom of movement. As regards the applicants' individual criminal responsibility for the breaches of those rules, the majority relied on Article 95 of the GDR's Criminal Code which provided that individual criminal responsibility was to be borne by those who violated the GDR's international obligations in terms of human rights and fundamental freedoms. In other words, the majority, in deciding whether the conduct of the applicants constituted "a criminal offence under international law", relied on obligations under international law binding the State of the GDR and, as regards the individual criminal responsibility of the applicants, the majority relied on the domestic law of the GDR. I do not agree with that approach. I believe that when Article 7 speaks about a "criminal offence under international law", it clearly means an offence which is made criminal directly by international law both as regards the prohibited conduct as well as the individual criminal responsibility for such conduct.

Therefore, one has to see whether, in terms of the rules of international law, as distinct from those of domestic law, the conduct of the applicants did constitute a criminal offence.

I believe that the answer should be in the affirmative. More specifically, I think that the conduct for which the applicants were convicted (as set out in the judgment) amounted to the international law crime known as a "crime against humanity", which, at the material time, had already been established as part of the general principles of customary international law.

In that connection, I do not find it necessary to go into the whole history of the relevant international law developments regarding the status and concept of crimes against humanity. It is, I believe, sufficient to refer to the following.

The Charter of the International Military Tribunal For the Prosecution of the Major War Criminals of the European Axis (IMT) was the first instrument to define "crimes against humanity" in positive international law.

The Charter included in the definition of “crimes against humanity” “murder ... committed against civilian populations before or during the war ...”

The Nuremberg Trials applied the Charter and attributed criminal responsibility to individuals for “crimes against humanity”. However, this crime was linked to the conduct of war. Furthermore, it was not at the time clearly established that such crime was part of customary international law, especially when it was not linked to acts of war. It was however gradually so established.

Resolution 95 (I) of the United Nations General Assembly of 11 December 1946 expressly affirmed “the principles of international law recognised by the Charter of the Nuremberg Tribunal and the judgment of the Tribunal” and the formulation of those principles was entrusted to the International Law Commission, “in the context of a general codification of offences against the peace and security of mankind, or of an International Criminal Code”. This resolution was evidence of the prevailing views of States and of State practice as regards the principles in question and, for that matter, gave solid legal support to the claim that these principles were part of customary international law<sup>1</sup>.

The connection of crimes against humanity with war activities was not considered a requirement for the establishment of such crimes<sup>2</sup>. As rightly observed by Lord Millett in the Pinochet (3) judgment of the House of Lords<sup>3</sup>:

“The Nuremberg Tribunal ruled that crimes against humanity fell within its jurisdiction only if they were committed in the execution of or in connection with war crimes or crimes against peace. But this appears to have been a jurisdictional restriction based on the language of the Charter. There is no reason to suppose that it was considered to be a substantive requirement of international law. The need to establish such a connection was natural in the immediate aftermath of the Second World War. As memory of the war receded, it was abandoned.”

The view that the Nuremberg principles were customary international law became indisputable after Resolution 3074 (XXVIII) of the United Nations General Assembly of 3 December 1973, which proclaimed the need for international cooperation in the detection, arrest, extradition and punishment of persons guilty of war crimes and crimes against humanity. One may add here that the position has also been maintained and adopted by judgments of international *ad hoc* criminal tribunals that “since the

---

1. See, *inter alia*, Daillier and Pellet, *Droit international public*, 6th edition, p. 677.

2. See “Question of the punishment of war criminals and of persons who have committed crimes against humanity: Note by the Secretary-General”, UN GAOR, 22nd session, Annex Agenda Item 60, pp. 6-7, UN DOC A/6813 (1967). See also International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Tadić case IT-94-1, § 623.

3. [1999] 2 Weekly Law Reports 909 et seq.



Nuremberg Charter, the customary status of the prohibition against crimes against humanity and the attribution of individual criminal responsibility for their commission have not been seriously questioned”<sup>1</sup>.

In any event what is important for the purposes of our case is the fact that, at the time when the offences attributed to the applicants were committed, “crimes against humanity” were unquestionably established as offences under customary international law.

As regards the elements of crimes against humanity, one may take the recent Rome Statute of the International Criminal Court as declaratory of the international law definition of this crime and as necessary guidance for its application in our case. In Article 7 of the Statute, we find the following:

“1. ... ‘crime against humanity’ means any of the following acts when committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack:

(a) Murder;

...

2. For the purpose of paragraph 1:

(a) ‘Attack directed against any civilian population’ means a course of conduct involving the multiple commission of acts referred to in paragraph 1 against any civilian population, pursuant to or in furtherance of a State or organisational policy to commit such attack;

...”

But even if one is only guided by the concept of “crimes against humanity” emerging from the Charter of the International Military Tribunal of Nuremberg – the principles of which were affirmed by the United Nations resolutions mentioned above – and the present case is examined only by reference to the minimum requirements of such a concept, as far as it relates to the facts of the present case, there is no difficulty in concluding that the activities for which the applicants were found guilty did undoubtedly qualify as “crimes against humanity”, of the most serious nature. The minimum elements of the offence in question appear to be the following:

(a) murder;

(b) committed against a civilian population; and

(c) systematic or organised conduct in furtherance of a certain policy.

The last element is implied from the combination of elements (a) and (b).

For the above reasons, I find that the actions for which the applicants were convicted did constitute at the material time not only criminal offences under the domestic German law but also under international law.

---

1. Tadić case, *op. cit.*

## CONCURRING OPINION OF JUDGE ZUPANČIČ

I voted for finding no violation in this case because I consider the application of the GDR's criminal law by the FRG's courts legally consistent (see paragraphs 19-39 of the judgment). For the purposes of Article 7 § 1, this is sufficient.

Likewise, I agree that Article 2 § 2 is not applicable in this case (see paragraphs 95-97 of the judgment) although it may be applicable in other cases where the test of weighing personal integrity against a justified and lawful arrest yields a different result (see, for example, my dissenting opinion in *Rehbock v. Slovenia*, no. 29462/95, ECHR 2000-XII).

It is important to understand that this judgment does not rely on Article 7 § 2 or on the concept of an "international offence" in Article 7 § 1.

Article 7 § 2 is an exception to the principle *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* formulated by the famous German criminal-law theorist Anselm von Feuerbach. Franz von Liszt later maintained that the substantive guarantees enshrined in the principle of legality are the *Magna Carta Libertatum* of criminal defendants. This tradition of substantive criminal-law protection goes back to at least 1764 and Cesare Beccaria's classic work *Dei delitti e delle pene*, which decisively influenced the whole continental tradition of legality in criminal law. This is all the more important because, in counter-distinction to the Anglo-Saxon legal model, although *Magna Carta* had a similar provision in its clause 39 (*lex terrae*), the guarantees are preponderantly to be found in substantive rather than in procedural law. Thus, the principle of legality (*Legalitätsprinzip, principe de légalité*) is typically interpreted to entail only the restrictive interpretation of the State's power to punish.

In this case, as we shall see, the principle of legality has the opposite effect. It precludes the applicants from relying on their own interpretation of the law.

I find it difficult to agree with the sentence in paragraph 105 referring to "offences defined with sufficient *accessibility* and *foreseeability* by the international law rules on human rights protection" [emphasis added]. The powerful *objective* guarantees of substantive criminal law entrenched in the principle of legality cannot be reduced to the *subjective* right to advance notice of what is punishable under positive law.

The import of the principle of legality has to do with objective, rigorous semantic and logical legal restrictions (*lex certa*) on the State's power to punish. Where the law gives an offender the *formal* possibility of foreseeing the criminal and punishable nature of his acts or omissions, irrespective of his everyday reliance on the prevalent and established "State practice" of impunity, the rule of law will sanction subsequent

criminal liability. To maintain otherwise would make the criminal actor a legislator *in casu proprio*. This is the real significance of this case.

Conversely, excessive reliance upon the subjective criteria of *accessibility* and *foreseeability* would facilitate the applicants' defence based on the principle of legality. They could maintain that they had in fact relied upon the official, accessible and foreseeable interpretation of the law at the time, and upon "the GDR's State practice, which was superimposed on the rules of written law at the material time" (see paragraph 67 of the judgment). The applicants could then also maintain that their reliance on State practice, only later proved to be mistaken in the light of a strict interpretation of positive criminal law, was at the time nevertheless consistent with the official, constant and foreseeable State practice. Such an argument would then introduce the defence of an excusable mistake of law (*error juris*).

For example, section 2.04(3)(b)(iv) of the United States Model Penal Code, provides:

"A belief that conduct does not legally constitute an offence is a defence to a prosecution for that offence based upon such conduct when [the actor] acts in *reasonable reliance upon ... an official interpretation of the public officer or body charged by law with responsibility for the interpretation, administration or enforcement of the law defining the offence.*"  
[emphasis added]

Depending on the mistake-of-law provisions in either the GDR's or the FRG's substantive criminal law, the applicants' acts could then possibly be excused (not justified!).

In such a context the mistake of law could become a bridge between the objective meaning of the law constituting the offence and the subjective understanding of this law. If the latter is not entirely subjective and arbitrary because it is based upon such objective elements as the relevant "State practice", "official interpretation of the public officer", etc., the mistake of law may become an excuse, that is, in German law "a reason to exclude criminal responsibility" (*Schuldausschlussgrund*).

The applicants' *subjective* reliance upon the "the GDR's State practice, which was superimposed on the rules of written law at the material time", would in effect mean that their (and the GDR's) schizophrenic interpretation, that is, dispensing with the positive law on the statute book, however realistic this was in view of the "the GDR's State practice", would prevail over the *objective* significance of the relevant definitions of offences in the GDR's own criminal law.

This case, however, goes at least one step further in that direction. The applicants did not simply "rely" on the "GDR's State practice". They helped create that very real State practice of impunity. This practice of impunity, however, was not formalised through legislative means, no doubt because to the outside world the GDR wanted to maintain the

image of a *Rechtsstaat*. If the practice of impunity had been legitimated through positive legislation this would have been a different case since it would probably have fallen under Article 7 § 2 of the Convention.

In terms of their own criminal law, the applicants were the co-conspirators in a large and consistent conspiracy to disregard the objective meaning of the law on the statute book, meaning that they conspired to create and maintain a two-faced situation in which the so-called “State practice” of impunity and even of rewarding the criminal behaviour of other co-conspirators was in unqualified contradiction with the formal language of the relevant criminal statutes. The distinctive characteristic of this case is that it was the applicants themselves who were “the public officer[s] or [members of the] body charged by law with responsibility for the interpretation, administration or enforcement of the law defining the offence”.

Here there was a self-referential situation in which the very same people who were charged with responsibility for the interpretation, administration or enforcement of the law defining the offence propagated the “State practice” which they now claim to have been the source of their own understanding of the law and thus of their excuse under the law. What is more, the applicants maintain that the GDR’s State practice was part and parcel of contemporaneous objective impunity and that it is therefore unacceptable *ex post* to activate criminal liability for their acts.

Clearly, this raises the issue of the rule of law and more specifically the issue of the rule of substantive criminal law. For the European Court of Human Rights to accept this “State practice” as an integral part of the “law defining the offence” for the purposes of Article 7 § 1, or to accept the defence of mistake of law would seal this circuitous self-justification in contradiction to the rule of law.

It is easy to imagine an analogous case in which the applicants were high judicial officers of the GDR who had themselves participated in creating the judicial “practice” (case-law, jurisprudence) of impunity. Would we then say that this “element of judicial interpretation” (see paragraph 82 of the judgment) amounted to the “law defining the offence”?

As the German legal theorist von Ihering rightly emphasised, the rule of law is founded upon the *formal* meaning of legal wording. If the rule of law is to be preserved, this objective meaning must remain independent and must in the last analysis be strictly separate from any subjective and arbitrary interpretation, no matter how prevalent it is as a “State practice” – all the more so if this prevalent arbitrary interpretation of the “law in (in)action” contradicting the law on the statute book is the result of collusion between the executive, legislative and judicial branches of the State.

To maintain the separation of the objective and the subjective in law is the only way of ensuring that nobody is above the law.

## CONCURRING OPINION OF JUDGE LEVITS

1. I agree with the conclusions set out in the judgment.

Nevertheless, I would like to explain my approach on two points: firstly, on the interpretation of law under democratic and non-democratic (socialist) regimes and treatment of that problem after the transition to democracy, and secondly on the term “crime against humanity” in international law.

## I.

2. The judgment is based on an interpretation of international law (for example, in the International Covenant on Civil and Political Rights of 16 December 1966) and the national law of the GDR (for example, in the Constitution of the GDR, the People’s Police Act and other laws). The Court comes to the conclusion that the conduct of the applicants at the material time was contrary to both international law and the national law of the GDR (see paragraphs 64, 72, 75, 102, 104 and others of the judgment).

3. The applicants contested that approach (also adopted by the German domestic courts) saying in fact that in the GDR international law and national law were interpreted and applied differently (see paragraph 47 of the judgment) and that in the light of that interpretation and application of the law their conduct had been lawful.

4. It seems to me that that objection raises one of the most serious issues of the present judgment – a point which is very important in situations where a previous, non-democratic (for example, socialist) regime has been abolished and a new democratic regime has been established. It shows clearly that interpretation and application of the law depend on the general political order, in which the law functions as a sub-system.

5. In fact, the courts of the GDR, by applying the same provisions of the GDR Constitution (Articles 19 and 30) and other laws, and also the International Covenant on Civil and Political Rights (Article 12), would never have come to the same result as the German courts did after the reunification and this Court has done in the present judgment because of their completely different approach to interpretation and application of the law.

6. The differences in interpretation and application of the law between democratic and socialist systems cover all important elements of the law in the broad sense – especially the sources of law, autonomy of legal reasoning and the interpretation of legal norms (especially by independent judges), methods of interpretation of legal norms, the hierarchy of legal norms and the binding character of the law for the State authorities. Therefore, the same legal texts (the Constitution of

the GDR or the International Covenant on Civil and Political Rights), when applied according to different methodologies of application of the law inherent in the political order concerned, will lead to different results.

7. That brings us to the question whether, after a change of political order from a socialist to a democratic one, it is legitimate to apply the “old” law, set by the previous non-democratic regime, according to the approach to interpretation and application of the law which is inherent in the new democratic political order.

8. I would like to stress that in my view there is no room for other solutions. Democratic States can allow their institutions to apply the law – even previous law, originating in a pre-democratic regime – only in a manner which is inherent in the democratic political order (in the sense in which this notion is understood in the traditional democracies). Using any other method of applying the law (which implies reaching different results from the same legal texts) would damage the very core of the *ordre public* of a democratic State.

9. The same principles are equally valid with regard to the interpretation and application of the norms of international law, like the International Covenant on Civil and Political Rights. The Covenant has been signed and ratified by most States in the world – democratic and non-democratic (including the GDR). A democratic State can interpret and apply the Covenant (and other international legal norms) only according to the methodology of application of the law which is inherent in the democratic political order. In the present case that was done by the German domestic courts (see the judgment of the Federal Constitutional Court, quoted in paragraph 22 of the judgment).

10. Consequently, interpretation and application of national or international legal norms according to socialist or other non-democratic methodology (with intolerable results for a democratic system) should from the standpoint of a democratic system be regarded as wrong. That applies both to *ex post facto* assessment of the legal practice of previous non-democratic regimes (as in the instant case, although the same situation may obviously arise in other new democracies) and to assessment of the actual legal practice (for example, regarding the Covenant) of today’s non-democratic regimes. That practice should be regarded as a misuse of law. After the change to a democratic political order the persons responsible cannot rely for justification of their conduct on the “specific” way in which law is interpreted by non-democratic regimes.

11. In my view, that is a compelling conclusion, which derives from the inherent universality of human rights and democratic values, by which all democratic institutions are bound. At least since the time of the Nuremberg Tribunal, that conception of the democratic order has been well understood in the world and it is therefore foreseeable for everybody.

12. That, in my view, is confirmed also by the conclusions of the present judgment.

## II.

13. Paragraph 107 of the judgment confirms that the applicants' conduct could also be considered under Article 7 § 1 of the Convention from the standpoint of other rules of international law, notably those concerning crimes against humanity, but that in view of the Court's findings after applying international human rights norms in conjunction with the norms of the GDR's national law it is not necessary to examine this question.

14. In principle, I agree with that approach. However, the conclusions of the present judgment were reached mainly because the Constitution and other laws of the GDR were well-formulated in a language which was similar to the language of the constitutional and other legal provisions of democratic States governed by the rule of law (for example, constitutional provisions on human rights). That was not the real intention of the non-democratic regime of the GDR. The human rights provisions in the Constitutions of the former socialist States were rather of a propagandistic character. Nevertheless, the German domestic courts and this Court, for what in my view are compelling reasons, as explained above, have "taken these rights seriously" (Ronald Dworkin) by giving them the meaning derived from the wording of the various legal norms as construed according to the methodology of application of the law inherent in the democratic system.

15. I think that the ability of courts in the newly established democracies to deal with the "legacy" of former non-democratic regimes should not depend solely on the wording of the legal norms of the non-democratic regimes, formulated in the first place not for legal but rather for propagandistic purposes.

16. The judgment left the door open also for the examination of such conduct as the applicants' under the heading of a criminal offence under international law (see paragraph 106 of the judgment).

17. In that connection, I would like to stress recent developments in international law in respect of the strengthening of the protection of human rights, including norms on crimes against humanity. Despite the fact that many legal problems in this field are not yet entirely resolved, the direction of these developments is obvious.

18. I therefore endorse the convincing analysis of Judge Loucaides in his concurring opinion, that at the material time the applicants' conduct was not only a criminal offence under domestic law but could also be considered an offence under international law.





K.-H.W. c. ALLEMAGNE  
(*Requête n° 37201/97*)

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 22 MARS 2001<sup>1</sup>

---

I. Extraits.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Condamnation d'un garde-frontière de la RDA après la réunification allemande pour avoir tué un Allemand de l'Est qui tentait de fuir à l'Ouest****Article 7 § 1**

*Nullum crimen sine lege – Condamnation d'un garde-frontière de la RDA après la réunification allemande pour avoir tué un Allemand de l'Est qui tentait de fuir à l'Ouest – Interprétation par les tribunaux de la RFA des dispositions légales de la RDA – Faits justificatifs – Pratique étatique se superposant aux règles du droit écrit – Pratique étatique méconnaissant de manière flagrante les droits fondamentaux – Prévisibilité – Accessibilité – Règles du droit international de protection des droits de l'homme – Protection internationale du droit à la vie*

\*  
\* \*

Le requérant, ressortissant de la République démocratique allemande (RDA), était garde-frontière entre les deux Etats allemands. En 1972, il tira sur une personne non armée qui tentait de fuir Berlin-Est à la nage et la tua. Il ne fit l'objet d'aucune poursuite en RDA et obtint une décoration et une prime. Après la réunification allemande, il fut déclaré coupable de ces faits par le tribunal régional de Berlin en application des dispositions du droit pénal de la RDA applicables à l'époque des faits. Les faits justificatifs avancés par le requérant, fondés sur le droit et la pratique de la RDA et l'obligation d'obéir aux ordres, furent écartés. Le tribunal régional appliqua ensuite le droit pénal de la République fédérale d'Allemagne (RFA) plus clément que celui de la RDA, en le condamnant pour homicide volontaire à une peine d'emprisonnement d'un an et dix mois avec sursis et mise à l'épreuve. La Cour fédérale de justice confirma cette condamnation et la Cour constitutionnelle fédérale la jugea conforme à la Constitution.

Article 7 § 1<sup>2</sup>: la condamnation trouvait sa base légale dans le droit pénal de la RDA applicable à l'époque des faits, et la peine correspondait en principe à celle prévue dans la législation pertinente de la RDA; la peine prononcée lui était même inférieure du fait de l'application du principe du droit le plus clément, soit ici celui de la RFA. La condamnation du requérant par les juridictions de la RFA, qui ont interprété et appliqué les règles écrites de la RDA, ne paraît pas à première

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

2. La motivation de cet arrêt est en grande partie identique à celle de l'arrêt *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* [GC], n° 34044/96, 35532/97 et 44801/98, CEDH 2001-II), à l'exception des spécificités qui suivent.

vue arbitraire ou contraire à l'article 7 § 1. Concernant la prévisibilité de la condamnation, il ressort du droit pertinent et des faits que même un simple soldat comme le requérant savait et devait savoir que tirer sur des personnes non armées qui voulaient seulement franchir la frontière violait de manière flagrante les principes légaux de la RDA et les droits de l'homme sur le plan international et surtout le droit à la vie. Le contexte politique existant en RDA à l'époque des faits ne saurait le justifier. Les juridictions allemandes ont examiné en détail les circonstances atténuantes en sa faveur et ont dûment tenu compte des différences de responsabilité entre les dirigeants de la RDA et le requérant dans l'importance des peines infligées.

*Conclusion* : non-violation (quatorze voix contre trois).

### **Jurisprudence citée par la Cour**

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

*Foti et autres c. Italie*, arrêt du 10 décembre 1982, série A n° 56

*Schenk c. Suisse*, arrêt du 12 juillet 1988, série A n° 140

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

*Tolstoy Miloslavsky c. Royaume-Uni*, arrêt du 13 juillet 1995, série A n° 316-B

*S.W. c. Royaume-Uni*, arrêt du 22 novembre 1995, série A n° 335-B

*C.R. c. Royaume-Uni*, arrêt du 22 novembre 1995, série A n° 335-C

*Kopp c. Suisse*, arrêt du 25 mars 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-II

*Osman c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 octobre 1998, *Recueil* 1998-VIII

*Akkoç c. Turquie*, n°s 22947/93 et 22948/93, CEDH 2000-X

*Rehbock c. Slovénie*, n° 29462/95, CEDH 2000-XII

*Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* [GC], n°s 34044/96, 35532/97 et 44801/98, CEDH 2001-II

**En l'affaire K.-H.W. c. Allemagne,**

La Cour européenne des Droits de l'Homme, siégeant en une Grande Chambre composée des juges dont le nom suit :

M. L. WILDHABER, *président*,

M<sup>me</sup> E. PALM,

MM. C.L. ROZAKIS,

G. RESS,

J.-P. COSTA,

L. FERRARI BRAVO,

L. CAFLISCH,

L. LOUCAIDES,

I. CABRAL BARRETO,

K. JUNGWIERT,

Sir Nicolas BRATZA,

M. B. ZUPANČIĆ,

M<sup>me</sup> N. VAJIĆ,

M. M. PELLONPÄÄ,

M<sup>me</sup> M. TSATSA-NIKOLOVSKA,

MM. E. LEVITS,

A. KOVLER,

ainsi que de M. M. DE SALVIA, *greffier*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 8 novembre 2000 et 14 février 2001,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 37201/97) dirigée contre la République fédérale d'Allemagne et dont un ressortissant de cet Etat, M. K.-H.W. («le requérant»), avait saisi la Commission européenne des Droits de l'Homme («la Commission») le 5 mai 1997 en vertu de l'ancien article 25 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales («la Convention»). Le requérant a demandé à la Cour de ne pas divulguer son identité et le président a fait droit à sa demande conformément à l'article 47 § 3 du règlement de la Cour.

2. Le requérant, qui a été admis au bénéfice de l'assistance judiciaire, est représenté par M<sup>e</sup> P. Gardner, avocat au barreau de Londres (Royaume-Uni), et par M<sup>e</sup> D. Lammer, avocat au barreau de Berlin (Allemagne). Le gouvernement allemand («le Gouvernement») est représenté par son agent, M. K. Stoltenberg, *Ministerialdirigent*.

3. Le requérant alléguait que l'action qui lui avait été reprochée ne constituait pas, au moment où elle avait été commise, une infraction

d'après le droit national ou d'après le droit international, et que sa condamnation par les juridictions allemandes constituait donc une violation de l'article 7 § 1 de la Convention. Il invoquait également les articles 1 et 2 § 2 de la Convention.

4. La requête a été transmise à la Cour le 1<sup>er</sup> novembre 1998, date d'entrée en vigueur du Protocole n° 11 à la Convention (article 5 § 2 dudit Protocole).

5. La requête a été attribuée à la quatrième section de la Cour, en même temps que les requêtes (n°s 34044/96, 35532/97 et 44801/98) de MM. Fritz Streletz, Heinz Kessler et Egon Krenz, également dirigées contre la République fédérale d'Allemagne (article 52 § 1 du règlement).

(...)

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

10. Le requérant est un ressortissant allemand, né en 1952 et résidant à Berlin (Allemagne).

(...)

14. Le requérant, qui s'était engagé pour un service militaire d'une durée de trois ans, de 1970 à 1973, à l'incitation de son père, officier de carrière, était membre du régiment n° 35 des gardes-frontière de la République démocratique allemande (RDA) depuis 1971.

(...)

### B. La procédure devant les juridictions allemandes

17. Par un jugement du 17 juin 1993, le tribunal régional (*Landgericht*) de Berlin condamna le requérant à une peine d'emprisonnement pour mineurs (*Jugendstrafe*) d'un an et de dix mois avec sursis et mise à l'épreuve (*auf Bewährung*) pour homicide volontaire (*Totschlag*).

Le tribunal régional lui reprocha d'avoir, dans la nuit du 14 au 15 février 1972, conjointement avec un autre garde-frontière, tiré cinq fois deux coups de feu ayant entraîné la mort sur un fugitif qui tentait de fuir Berlin-Est à la nage, après avoir lancé des sommations et tiré des coups de semonce en signe d'avertissement (*Warnschüsse*). Il s'agissait de M. Manfred Weylandt, âgé de vingt-neuf ans: touché à la tête par l'un des tirs, il coula et se noya immédiatement. Son cadavre fut retrouvé dans l'après-midi et remis aux membres du ministère de la Sécurité de l'Etat (*Ministerium für Staatssicherheit*). On félicita les tireurs, qui furent décorés de «l'ordre du mérite des troupes de la frontière de la RDA»

(*Leistungsabzeichen der Grenztruppen der DDR*) et obtinrent une prime de 150 marks allemands. On informa la veuve de M. Weylandt que son mari s'était suicidé, que l'urne contenant ses cendres avait déjà été inhumée et qu'elle pouvait aller chercher la carte de la tombe (*Grabkarte*) auprès de l'administration du cimetière.

Le tribunal régional condamna d'abord le requérant sur la base du droit pénal applicable en RDA à l'époque des faits, pour homicide volontaire (*Totschlag*) (article 113 du code pénal de la RDA – «le StGB-DDR» –, paragraphe 25 ci-dessous); en ce qui concerne la prescription, le tribunal régional se référa à la jurisprudence constante de la Cour fédérale de justice en la matière (voir Cour fédérale de justice, affaires pénales, décisions publiées dans la *Monatszeitschrift des deutschen Rechts* (Revue mensuelle du droit allemand) 1994, p. 704, et dans la *Neue Strafrechtszeitschrift* (Nouvelle revue de droit pénal) 1994, p. 330), ainsi qu'à la loi du 26 mars 1993 sur le gel (*Ruhen*) de la prescription pour des actes contraires à la justice commis sous le régime du Parti socialiste unifié, aussi appelée loi sur la prescription (*Gesetz über das Ruhen der Verjährung bei SED-Unrechtstaten – Verjährungsgesetz* – paragraphe 39 ci-dessous).

Puis le tribunal régional appliqua le droit pénal de la République fédérale d'Allemagne (RFA), plus clément que celui de la RDA, et condamna le requérant pour homicide volontaire (*Totschlag*) (articles 212 et 213 du code pénal de la RFA – «le StGB» –, paragraphe 38 ci-dessous).

Le tribunal régional estima par ailleurs que le requérant ne pouvait justifier ses agissements en excipant de l'article 17 § 2 de la loi sur la police du peuple (*Volkspolizeigesetz*) de la RDA (...) car, en l'espèce, la tentative de M. Weylandt de franchir la frontière ne saurait être qualifiée de crime au sens de l'article 213 § 3 du StGB-DDR (...)

Le tribunal régional considéra également que le requérant ne pouvait se référer à l'article 258 du StGB-DDR (...) Certes, il avait agi conformément à l'ordre suivant donné aux gardes-frontière à l'époque des faits: «L'unité [*der Zug*] (...) assure la sécurité de la frontière étatique de la RDA (...) et a pour tâche de ne pas permettre des franchissements de frontière [*Grenzdurchbrüche*], d'arrêter «ceux qui violent la frontière» [*Grenzverletzer*] ou de les anéantir [*vernichten*] et d'assurer la protection de la frontière étatique à tout prix [*unter allen Bedingungen*] (...)» Par ailleurs, il avait été intégré dans un système militaire où régnait la discipline et l'obéissance absolues et où il avait subi un endoctrinement politique intense; en cas de franchissement réussi de la frontière, les gardes-frontière devaient en outre s'attendre à l'ouverture d'une enquête menée par le procureur militaire (*Militärstaatsanwalt*). Cependant, d'après le tribunal régional, même pour un simple soldat, il devait être manifeste que tirer sur une personne non armée méconnaissait le devoir d'humanité (*Gebot der Menschlichkeit*), et le requérant aurait eu la possibilité de tirer dans l'eau sans devoir craindre

d'avoir agi à l'encontre des ordres, dans la mesure où il aurait été impossible de discerner la trajectoire exacte des tirs dans l'eau.

18. Par un arrêt du 26 juillet 1994, distinct de celui intervenu le même jour à l'égard de MM. Streletz et Kessler, également requérants devant la Cour (requêtes n<sup>os</sup> 34044/96 et 35532/97) et anciens membres du Conseil national de la défense, la Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof*) confirma le jugement du tribunal régional.

Elle relata d'abord les faits, indiquant qu'on ne pouvait réfuter (*widerlegen*) que les premiers coups de feu du requérant avaient été des tirs d'avertissement, mais que les coups de feu ultérieurs étaient tirés immédiatement après et que les deux soldats étaient conscients que ces tirs pouvaient mortellement blesser le fugitif.

La Cour fédérale de justice rappela ensuite qu'un fait justificatif qui plaçait l'interdiction de franchir la frontière au-dessus du droit à la vie « méconn[ai]ssait de manière flagrante et insupportable les principes élémentaires de justice et la protection internationale des droits de l'homme » (*« verstößt offensichtlich und unerträglich gegen elementare Gebote der Gerechtigkeit und gegen völkerrechtlich geschützte Menschenrechte »*) et n'était pas valable. Elle se référa également à la Déclaration universelle des droits de l'homme.

D'après la Cour fédérale de justice, les faits justificatifs contenus dans le droit de la RDA auraient dû par ailleurs être interprétés de manière stricte et favorable aux droits de l'homme (*menschenrechtsfreundlich*), et c'est pourquoi le meurtre d'un fugitif qui n'était pas armé, et qui voulait simplement nager d'une partie de Berlin vers l'autre, était contraire à la loi (*rechtswidrig*).

A l'instar du tribunal régional, la Cour fédérale de justice estima qu'il devait être manifeste pour le requérant que l'ordre d'anéantir « ceux qui violaient la frontière » enfreignait la loi pénale au sens de l'article 258 § 1 du StGB-DDR (...), dont la disposition équivalente était l'article 5 § 1 du code pénal militaire de la RFA (paragraphe 38 ci-dessous).

La Cour fédérale de justice conclut que « ce qui était déterminant était que le meurtre [*Tötung*] d'un fugitif non armé par des tirs ininterrompus [*Dauerfeuer*] était, dans les circonstances de l'espèce, un acte à ce point épouvantable et ne permettant pas d'invoquer un quelconque fait justificatif, que la violation du principe de proportionnalité et de l'interdiction élémentaire de tuer était clairement discernable, donc manifeste, même pour une personne endoctrinée ».

19. Le requérant saisit alors la Cour constitutionnelle fédérale (*Bundesverfassungsgericht*) d'un recours constitutionnel.

20. (...)

En ce qui concerne plus particulièrement le présent requérant, la Cour constitutionnelle fédérale ajouta :



«Les décisions attaquées ne sont susceptibles d'aucune critique sérieuse au regard de la Constitution.

Le tribunal régional a estimé établi que le quatrième requérant [K.-H.W.] savait, en tirant les coups mortels, que le fugitif risquait d'être mortellement blessé, chose qu'il a acceptée sans états d'âme; tous les motifs d'exclusion de la culpabilité susceptibles d'entrer en ligne de compte ont été examinés sur la base de la jurisprudence des plus hautes juridictions et ont été écartés. Dès lors, l'établissement de la culpabilité n'est pas critiquable au regard de la Constitution. Cette conclusion vaut également dans la mesure où les conditions de l'action sur ordre [*Handeln auf Befehl*] ont été jugées non réunies. Quant au fait que la Cour fédérale de justice, suivant sur ce point la démarche adoptée par le tribunal régional, a fondé son examen sur l'article 5 § 1 du code pénal militaire, tel qu'il était interprété par les plus hautes juridictions, et qu'elle a considéré que cette disposition avait un contenu équivalent à celui de l'article 258 du code pénal de la RDA, il s'agit là d'une question d'interprétation et d'application de la loi pénale, domaine réservé des juridictions répressives. Celles-ci, sur la base de leurs constatations de fait, sont parties du principe, là aussi en parfaite conformité avec la Constitution, que le fait justificatif ne pouvait être exclu pour le requérant qu'en vertu de la deuxième possibilité prévue par l'article 5 § 1 du code pénal militaire, au motif que l'illicéité de l'ordre de faire feu à la frontière était manifeste eu égard aux circonstances connues du requérant. D'après la jurisprudence constante de la Cour fédérale de justice, cette condition est remplie lorsque la violation de la loi pénale est parfaitement hors de doute; les soldats ne sont pas soumis à une quelconque obligation de procéder à des vérifications et de se renseigner. Ce qui est décisif, c'est bien plus la question de savoir si la violation du droit pénal était tellement évidente qu'un soldat moyen possédant le niveau d'information du destinataire de l'ordre devait en être conscient sans devoir y réfléchir et sans devoir se renseigner (cf. *BGHSt* 39, pp. 188 et suiv.).

Cette interprétation se concilie avec le principe de culpabilité [*Schuldgrundsatz*] posé par la Constitution. Des doutes pourraient certes surgir à propos du caractère manifeste en l'espèce de la violation de la loi pénale, dans la mesure où les instances dirigeantes de la RDA avaient étendu, en exerçant l'autorité de l'Etat, le fait justificatif censé couvrir le comportement des soldats à la frontière et avaient transmis à ceux-ci l'idée qu'ils étaient ainsi à l'abri. Dans ces conditions, il n'est pas évident que le soldat moyen puisse tracer sans hésitation la frontière séparant les comportements contraires à la loi pénale des autres, et il ne serait pas possible, sur la base du principe de culpabilité, de justifier le caractère manifeste pour le soldat de la violation de la loi pénale en invoquant uniquement l'existence – objective – d'une violation grave des droits de l'homme; il faut alors expliquer comment le soldat individuel, eu égard à son éducation, à son endoctrinement et aux autres circonstances, était en mesure de reconnaître le caractère manifestement contraire à la loi pénale de son acte. De ce point de vue, les tribunaux répressifs n'ont pas discuté les faits de manière détaillée dans la procédure antérieure. Ils ont en revanche expliqué que le meurtre d'un fugitif non armé par des tirs ininterrompus [*Dauerfeuer*] était, dans les circonstances établies, un acte à ce point épouvantable et non susceptible de se voir appliquer un quelconque fait justificatif que la violation du principe de proportionnalité et de l'interdiction élémentaire de tuer était clairement discernable et donc manifeste, y compris pour une personne endoctrinée. Les autres explications données par les juridictions répressives permettent également de conclure avec une netteté suffisante, sur la base de l'ensemble des motifs des jugements prononcés en l'espèce et compte tenu des explications données dans les décisions, relatives à des affaires analogues, rendues les

3 novembre 1992 (*BGHSI* 39, p. 1) et 25 mars 1993 (*BGHSI* 39, p. 168), que le principe de culpabilité a été respecté.

Le taux de la peine infligée n'est pas non plus critiquable au regard de la Constitution. Les tribunaux inférieurs ont tenu compte avec soin et en parfaite conformité avec les exigences de la Constitution de l'ensemble des points de vue pertinents, dont ils ont comparé les mérites de manière acceptable. La différence de gravité entre les délits commis par les premier, deuxième et troisième requérants, donneurs des ordres litigieux, et ceux commis par le quatrième requérant, exécuteur desdits ordres, s'est clairement exprimée dans le taux des différentes peines infligées. La situation politique particulière qui régnait dans l'ex-RDA a spécialement joué en faveur du quatrième requérant, auquel a été infligée une peine avec sursis et mise à l'épreuve.»

## II. LE DROIT INTERNE ET INTERNATIONAL PERTINENT

(...)

### B. La législation applicable en RDA à l'époque des faits

(...)

25. L'article 113 § 1 du StGB-DDR prévoyait une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à dix ans pour homicide volontaire (*Totschlag*). Conformément à l'article 82 § 1 (4) du StGB-DDR, le délai de prescription des poursuites pénales était de quinze ans pour des faits entraînant une peine pouvant aller jusqu'à dix ans d'emprisonnement.

(...)

### D. La législation applicable en RFA à l'époque des faits

(...)

38. L'article 212 du code pénal de la RFA prévoit une peine d'emprisonnement pouvant aller de cinq ans à la perpétuité, dans des cas particulièrement graves, pour homicide volontaire (*Totschlag*). L'article 213 prévoit une peine d'emprisonnement inférieure à dix ans dans un cas d'homicide volontaire de moindre gravité (*minderschwerer Fall des Totschlags*). L'article 5 du code pénal militaire (*Wehrstrafgesetz*) dispose :

«(1) Si, en exécutant un ordre, un subordonné commet un acte illégal, constitutif d'une infraction, sa culpabilité n'est établie que s'il réalise [*erkennt*] qu'il s'agit d'un acte illégal ou que cela paraît manifeste d'après les circonstances qui lui sont connues.

(2) Si la culpabilité du subordonné est minime, compte tenu de la situation particulière dans laquelle il se trouvait en exécutant l'ordre, le tribunal peut diminuer la peine en vertu de l'article 49 § 1 du code pénal, et même ne pas prononcer de peine en cas de délit.»

39. L'article 1 de la loi du 26 mars 1993 sur le gel (*Ruhen*) de la prescription pour des actes contraires à la justice commis sous le régime du Parti socialiste unifié, aussi appelée loi sur la prescription (*Gesetz über das Ruhen der Verjährung bei SED-Unrechtstaten – Verjährungsgesetz*), est ainsi rédigé :

«Lors du calcul du délai de prescription pour la poursuite d'actes commis sous le régime d'injustice du Parti socialiste unifié, mais qui n'ont pas été poursuivis conformément à la volonté expresse ou implicite de la direction de l'État ou du Parti de l'ancienne RDA pour des raisons politiques ou pour des raisons incompatibles avec les principes essentiels de l'ordre constitutionnel libéral [*freiheitliche rechtsstaatliche Ordnung*], la période entre le 11 octobre 1949 et le 2 octobre 1990 n'est pas prise en compte. Pendant cette période, il y a eu gel de la prescription.»

(...)

## EN DROIT

### I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 7 § 1 DE LA CONVENTION

(...)

#### a) Le droit national

##### i. Base légale de la condamnation

48. La Cour relève que le tribunal régional de Berlin a d'abord condamné le requérant, sur la base du droit pénal applicable en RDA à l'époque des faits, pour homicide volontaire, en se fondant sur l'article 113 du code pénal de la RDA («le StGB-DDR») (paragraphe 17 ci-dessus). Le tribunal régional lui reprocha d'avoir, dans la nuit du 14 au 15 février 1972, conjointement avec un autre garde-frontière, tiré cinq coups de feu ayant entraîné la mort d'une personne qui tentait de fuir Berlin-Est à la nage, et écarta les faits justificatifs avancés par le requérant, fondés sur le droit et la pratique de la RDA et sur le fait qu'il a obéi aux ordres. Puis le tribunal régional a appliqué le droit pénal de la RFA, plus clément que celui de la RDA, en condamnant le requérant pour homicide volontaire à une peine d'emprisonnement pour mineurs (*Jugendstrafe*) d'un an et dix mois avec sursis et mise à l'épreuve (paragraphe 17 ci-dessus). La Cour fédérale de justice a confirmé cette condamnation et la Cour constitutionnelle fédérale l'a considérée conforme à la Loi fondamentale (paragraphe 18 et 20 ci-dessus).

49. Les juridictions allemandes ont ainsi appliqué le principe, formulé dans le Traité sur l'unification allemande du 31 août 1990 et dans la loi d'application de ce traité du 23 septembre 1990, selon lequel, pour les

actes commis par des citoyens de la RDA sur le territoire de celle-ci, le droit applicable est celui de la RDA, le droit de la RFA ne trouvant application que s'il est plus clément (*lex mitius*) (...)

50. La condamnation du requérant trouvait donc sa base légale dans le droit pénal de la RDA applicable à l'époque des faits, et la peine correspondait en principe à celle prévue dans la disposition pertinente de la législation de la RDA ; la peine prononcée à l'encontre du requérant lui était même inférieure, grâce au principe d'application du droit le plus clément, qui était celui de la RFA.

*ii. Faits justificatifs tirés du droit de la RDA*

(...)

58. Or en l'espèce les juridictions allemandes ont condamné le requérant pour avoir tiré plusieurs coups de feu sur un individu qui avait tenté de franchir à la nage la frontière entre les deux Etats allemands. Il n'était pas armé, ne constituait une menace pour personne et son seul but était de quitter la RDA, car il était presque impossible à l'époque, pour le simple citoyen, à l'exception des retraités ou de rares privilégiés, de quitter la RDA par des moyens légaux (voir les dispositions légales sur la délivrance de passeports et de visas en RDA (...)). Sa tentative de franchir la frontière, même si elle était proscrite par le droit de la RDA, ne saurait dès lors être qualifiée de crime, car elle n'entraînait pas dans la catégorie des infractions qualifiées de graves au sens de l'article 213 § 3 du StGB-DDR.

59. A la lumière des principes mentionnés ci-dessus inscrits dans la Constitution et dans les autres textes légaux de la RDA, la Cour estime que la condamnation du requérant par les juridictions allemandes, qui avaient interprété et appliqué ces dispositions au cas d'espèce, ne paraît à première vue ni arbitraire ni contraire à l'article 7 § 1 de la Convention.

(...)

*iii. Faits justificatifs tirés de la pratique étatique de la RDA*

(...)

*iv. Prévisibilité de la condamnation*

68. Le requérant objecte toutefois qu'en tant que garde-frontière de la RDA, il était le dernier échelon dans la chaîne de commandement et qu'il avait toujours obéi aux ordres impartis. Sa condamnation par les juridictions allemandes n'était donc pas prévisible et il était absolument impossible pour lui de prévoir qu'il serait amené un jour, par un retournement de situation, à devoir rendre des comptes sur le plan pénal.

69. Cet argument mérite considération.

70. Dans son arrêt *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* ([GC], nos 34044/96, 35532/97 et 44801/98, § 78, CEDH 2001-II), la Cour a souligné la responsabilité évidente des anciens dirigeants dans la mise en œuvre et la poursuite délibérées d'une pratique étatique dont ils savaient ou devaient savoir qu'elle méconnaissait de manière flagrante les principes de sa propre législation ainsi que les droits de l'homme protégés sur le plan international. Toutefois, ce raisonnement ne saurait s'appliquer tel quel ici.

71. En effet, en tant que jeune soldat (âgé de vingt ans à l'époque des faits) posté à la frontière entre les deux États allemands, le requérant avait subi l'endoctrinement des jeunes recrues de l'Armée nationale du peuple, devait obéir aux ordres de ses supérieurs lui enjoignant de protéger la frontière «à tout prix», et risquait l'ouverture d'une information judiciaire par le procureur militaire en cas de franchissement réussi de la frontière par un fugitif (paragraphe 17 ci-dessus).

72. En l'espèce se pose donc la question de savoir dans quelle mesure le requérant, en tant que simple soldat, savait ou devait savoir que tirer sur des personnes qui voulaient simplement franchir la frontière constituait une infraction d'après le droit de la RDA.

73. A cet égard, la Cour rappelle d'abord que les textes écrits étaient accessibles à tous : il s'agissait de la Constitution et du code pénal de la RDA, et non d'obscurs règlements. Or l'adage «nul n'est censé ignorer la loi» s'appliquait également au requérant.

74. Par ailleurs, ce dernier s'était volontairement engagé pour une période de trois ans au sein de l'Armée nationale du peuple. Or tout citoyen de la RDA connaissait la politique restrictive de cet État en matière de liberté de circulation, la nature du régime de surveillance de la frontière, le désir de la majorité des citoyens de pouvoir se rendre à l'étranger, ainsi que le fait qu'un certain nombre d'entre eux, appelés «les fugitifs de la République» (*Republikflüchtlinge*), cherchaient à y aller par tous les moyens. Le requérant savait donc ou devait savoir que s'engager pour un service militaire de trois ans revenait à faire allégeance au régime en place et incluait la possibilité d'être posté à la frontière, où il serait exposé au risque de devoir tirer sur des fugitifs non armés.

75. De plus, d'après la Cour, même un simple soldat ne saurait complètement et aveuglément se référer à des ordres qui violaient de manière flagrante non seulement les propres principes légaux de la RDA, mais aussi les droits de l'homme sur le plan international et surtout le droit à la vie, qui est la valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme.

76. Même si le requérant se trouvait dans une situation particulièrement difficile sur le terrain, vu le contexte politique existant en RDA à l'époque des faits, de tels ordres ne sauraient justifier de tirer sur des personnes non armées qui cherchaient simplement à quitter le pays.

77. Ainsi l'article 95 du StGB-DDR prévoyait déjà, dans sa version de 1968, que «[c]elui qui agit en violant les droits de l'homme et les droits

fondamentaux (...) ne peut se prévaloir de la loi, d'un ordre ou d'une directive ; il est pénalement responsable » (...)

78. De même, l'article 258 § 1 du StGB-DDR stipulait que « [u]n militaire n'est pas responsable pénalement pour une action qu'il accomplit en obéissant à l'ordre d'un supérieur, à moins que l'exécution de l'ordre méconnaisse manifestement les normes reconnues du droit international public ou les lois pénales » (...)

79. Par ailleurs, parmi les principes fixés par l'Assemblée générale des Nations unies en 1946 dans la Résolution 95 (I) et appelés « principes de Nuremberg » figure le principe suivant : « Un ordre ne libère pas (...) de la responsabilité pénale, mais peut atténuer la peine si le tribunal estime que la justice le requiert. »

80. Or la Cour relève que les juridictions allemandes ont examiné en détail les circonstances atténuantes en faveur du requérant, avant de conclure que « ce qui était déterminant était que le meurtre d'un fugitif non armé par des tirs ininterrompus était, dans les circonstances de l'espèce, un acte à ce point épouvantable et ne permettant pas d'invoquer un quelconque fait justificatif, que la violation du principe de proportionnalité et de l'interdiction élémentaire de tuer était clairement discernable, donc manifeste, même pour une personne endoctrinée » (paragraphe 18 ci-dessus).

81. De plus, ces juridictions ont dûment tenu compte des différences de responsabilité entre les dirigeants de la RDA et le requérant dans l'importance des peines infligées, en condamnant les premiers à des peines d'emprisonnement (arrêt *Streletz, Kessler et Krenz* précité, § 53) et le second à une peine avec sursis et mise à l'épreuve (paragraphe 17 et 18 ci-dessus).

(...)

### c) La question de la prescription

107. La Cour rappelle d'abord qu'elle est compétente pour apprécier les circonstances dont se plaint un requérant compte tenu de l'ensemble des exigences de la Convention. Dans l'accomplissement de cette tâche, il lui est notamment loisible de donner aux faits de la cause, tels qu'elle les considère comme établis par les divers éléments en sa possession, une qualification juridique différente de celle que leur attribue l'intéressé ou, au besoin, de les envisager sous un autre angle ; de plus, il lui faut prendre en compte non seulement la requête initiale, mais aussi les écrits supplémentaires destinés à la parachever en éliminant des lacunes ou obscurités initiales (voir notamment l'arrêt *Foti et autres c. Italie* du 10 décembre 1982, série A n° 56, pp. 15-16, § 44).

108. La Cour relève qu'en l'espèce, contrairement à ce qui était le cas dans l'affaire *Foti* précitée, le requérant n'a pas soulevé la question de la

prescription, ni dans sa requête initiale ni dans ses observations écrites ou orales supplémentaires.

109. Toutefois, même si cela eût été le cas, la Cour considère qu'elle n'est pas appelée à examiner cette question en l'espèce et ce pour les motifs détaillés ci-après.

110. Certes, en vertu de l'article 82 § 1 (4) du StGB-DDR de 1968, le délai de prescription pour les faits appelant une peine allant jusqu'à dix ans d'emprisonnement, comme ce fut le cas pour l'homicide volontaire, était de quinze ans (paragraphe 25 ci-dessus). Mais l'article 84 du même code stipulait que « [l]es crimes contre la paix ou contre l'humanité ou commis contre les droits de l'homme (...) ne sont pas soumis aux règles de prescription énoncées dans la présente loi [...] » (...) Cette disposition, qui assurait l'imprescriptibilité de certaines catégories de crimes, dont les violations des droits de l'homme, était déjà en vigueur au moment de l'acte incriminé. De même, le droit à la vie faisait-il déjà partie, à cette même époque, des droits de l'homme, aux violations desquels l'article 84 du StGB-DDR assurait l'imprescriptibilité, même si la consécration conventionnelle de ce droit par la RDA n'est intervenue qu'en 1974. Or la Cour a conclu en l'espèce à une violation par le requérant des droits de l'homme (...) Ainsi, même si le requérant avait invoqué la prescription, cet argument n'aurait pas pu être retenu.

111. De plus, en date du 26 mars 1993, la RFA a adopté une loi dont l'article premier prévoit le gel de la prescription pour les « actes commis sous le régime d'injustice du Parti socialiste unifié » ; ce gel a pour effet de faire courir le délai de prescription non pas à partir du moment du crime, mais à compter du 3 octobre 1990, date de la disparition de la RDA. Une législation comparable a vu le jour en Pologne pour les « crimes communistes », notamment ceux emportant des violations des droits de l'homme intervenues entre 1939 et 1989. Etant donné, toutefois, que l'imprescriptibilité de l'action reprochée au requérant peut se déduire du droit de la RDA elle-même (paragraphe 110 ci-dessus), la Cour n'a pas à examiner la portée de la loi de la RFA sur la prescription du 26 mars 1993.

112. La Cour parvient ainsi à la conclusion que même si le requérant avait plaidé la prescription, son argument n'aurait pas pu être retenu en raison de la règle figurant à l'article 84 du StGB-DDR, quelle que puisse par ailleurs être la portée de la loi sur la prescription adoptée par la RFA le 26 mars 1993.

#### d) Conclusion

113. Partant, la condamnation du requérant par les juridictions allemandes après la réunification n'est pas intervenue en méconnaissance de l'article 7 § 1.

114. A la lumière de cette considération, la Cour n'a pas davantage à examiner si la condamnation du requérant se justifiait sur la base de l'article 7 § 2 de la Convention.

## II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 1 DE LA CONVENTION

(...)

### PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Dit*, par quatorze voix contre trois, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 7 § 1 de la Convention;
2. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu discrimination contraire à l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 7.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des Droits de l'Homme, à Strasbourg, le 22 mars 2001.

Luzius WILDHABER  
Président

Michele DE SALVIA  
Greffier

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

- opinion concordante de M. Loucaides;
- opinion concordante de Sir Nicolas Bratza, à laquelle déclare se rallier M<sup>me</sup> Vajić;
- opinion partiellement dissidente de M. Cabral Barreto;
- opinion partiellement dissidente de M. Pellonpää, à laquelle déclare se rallier M. Zupančič.

L.W.  
M. de S.



## OPINION CONCORDANTE DE M. LE JUGE LOUCAIDES

(Traduction)

Je souscris aux conclusions qui figurent dans l'arrêt mais, en même temps, je renvoie à l'opinion concordante rédigée par moi dans l'affaire *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* ([GC], n<sup>os</sup> 34044/96, 35532/97 et 44801/98, CEDH 2001-II) où j'ai conclu que le comportement pour lequel les requérants avaient été condamnés s'analysait en un crime contre l'humanité d'après le droit international coutumier. Je considère qu'il en va de même en l'espèce.

Il y a essentiellement deux différences de fait entre la présente espèce et l'affaire précitée :

a) Contrairement aux requérants dans l'autre affaire, M. K.-H.W. n'a pas pris part à l'organisation du système de surveillance de la frontière mis en place par la RDA; son rôle se bornait à assumer les fonctions de garde-frontière, et c'est dans l'exercice de celles-ci qu'il a tué un jeune homme qui tentait de fuir Berlin-Est à la nage.

b) Le meurtre en question a été perpétré en février 1972.

Je ne pense pas que ces différences entre les deux affaires justifient une démarche s'écartant de celle que j'ai adoptée dans l'affaire *Streletz, Kessler et Krenz* précitée.

Ainsi que je l'ai expliqué dans mon opinion séparée relative à cette dernière affaire, il y a crime contre l'humanité dès lors qu'il y a meurtre commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile dans la poursuite d'une certaine politique. Cette notion ne peut, d'après moi, être interprétée comme signifiant que pour qu'un individu puisse être jugé responsable de ce crime il doit avoir commis de nombreux meurtres contre des personnes appartenant à la population civile en cause ou qu'il doit lui-même avoir pris l'initiative ou être directement responsable du comportement systématique ou organisé ayant conduit à la perpétration du meurtre.

Je crois que l'interprétation raisonnable de la notion de crime contre l'humanité telle qu'elle est établie en droit international coutumier est que le crime peut résulter de tout acte individuel de meurtre frappant un membre de la population civile dès lors que pareil acte s'inscrit dans un système de comportement organisé visant à l'élimination indiscriminée de membres de la population civile dans la poursuite d'une certaine politique. En fait, on ne peut raisonnablement conclure à la perpétration d'un crime contre l'humanité que lorsque l'on se trouve en face d'une série de meurtres individuels commis par des personnes mettant systématiquement en œuvre la politique inhumaine concernée. Dès lors,

toute personne qui tue sciemment un membre de la population civile dans le cadre d'un plan général doit être considérée comme responsable du crime en question. Une interprétation contraire à celle-là conduirait au résultat absurde que seuls les organisateurs de meurtres de masse pourraient être tenus pour responsables de crimes contre l'humanité, à l'exclusion des individus qui, en accomplissant des actes de meurtre individuels, exécuteraient sciemment le plan en question.

Mon interprétation trouve un appui dans une démarche analogue adoptée dans la récente affaire Tadić<sup>1</sup> par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie. Celui-ci s'y est en effet ainsi exprimé :

« De toute évidence, un acte unique commis par un auteur dans le contexte d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile engage la responsabilité pénale individuelle et un auteur individuel n'a pas à commettre de nombreuses infractions pour être tenu responsable. (...) Même un acte isolé peut constituer un crime contre l'humanité s'il est le produit d'un régime basé sur la terreur ou la persécution. »

La même démarche trouve un appui supplémentaire dans la déclaration suivante, faite par le tribunal dans sa décision Hôpital de Vukovar (article 61 du règlement) citée par la chambre d'appel dans l'affaire Tadić<sup>2</sup> :

« (...) dans la mesure où il présente un lien avec l'attaque généralisée ou systématique contre une population civile, un acte unique pourrait remplir les conditions d'un crime contre l'humanité. De ce fait, un individu qui commet un crime contre une seule victime ou un nombre limité de victimes peut être reconnu coupable d'un crime contre l'humanité si ses actes font partie du contexte spécifique identifié ci-dessus. »

En conséquence, je considère qu'en s'associant en qualité de garde-frontière à l'exécution du plan meurtrier en cause contre les civils qui tentaient de fuir la RDA et en tuant intentionnellement un fugitif le requérant en l'espèce s'est rendu responsable de la perpétration d'un crime contre l'humanité.

Par ailleurs, le fait que le comportement litigieux du requérant ait eu lieu en 1972, soit environ un an avant l'adoption de la Résolution des Nations unies 3074 (XXVIII), qui, comme je l'ai dit dans mon opinion séparée précitée, rendait indiscutable la thèse selon laquelle les principes de Nuremberg formaient partie intégrante du droit international coutumier, ne peut raisonnablement avoir pour effet que le comportement en question ne puisse être considéré comme un crime contre l'humanité. Il en est ainsi parce que le caractère établi, même en 1972, de pareil crime en droit international coutumier, ne saurait être sérieusement contesté, eu égard au fait que la résolution en question s'intégrait dans une série de

---

1. IT-94-1, § 648.

2. Paragraphe 248, note 311.

résolutions relatives au même objet adoptées entre 1969 et 1972, et il est raisonnable de supposer qu'elle se fondait sur une opinion, qu'elle exprimait, qui prévalait à tout le moins pendant les années immédiatement antérieures à son adoption.

A la lumière de ce qui précède, j'estime que l'acte pour lequel le requérant en l'espèce a été condamné s'analyse également en un crime contre l'humanité au sens des principes du droit international coutumier.

OPINION CONCORDANTE DE Sir Nicolas BRATZA, JUGE,  
 À LAQUELLE DÉCLARE SE RALLIER  
 M<sup>me</sup> LA JUGE VAJIĆ

*(Traduction)*

Non sans hésitation, j'ai voté avec la majorité de la Cour en faveur de la conclusion selon laquelle les droits garantis au requérant par l'article 7 de la Convention n'ont pas été violés en l'espèce.

Je considère qu'il y a beaucoup de force dans l'argument de M. Pellonpää consistant à dire qu'un soldat dans la situation du présent requérant, qui agissait dans le cadre du système juridique et culturel qui prévalait alors en RDA et qui était endoctriné dans l'idée qu'il fallait préserver l'intégrité de la frontière à tout prix, ne pouvait pas raisonnablement prévoir que le fait de tirer en direction d'un fugitif après avoir lancé des sommations et tiré des coups de semonce vaudrait perpétration d'une infraction.

Je relève que la Cour constitutionnelle fédérale elle-même semble avoir partagé ces doutes. Après avoir observé que, en exerçant l'autorité de l'Etat, les dirigeants de la RDA avaient étendu le fait justificatif censé couvrir les soldats postés à la frontière, la haute juridiction poursuit ainsi :

« Dans ces conditions, il n'est pas évident que le soldat moyen puisse tracer sans hésitation la frontière séparant les comportements contraires à la loi pénale des autres, et il ne serait pas possible, sur la base du principe de culpabilité, de justifier le caractère manifeste pour le soldat de la violation de la loi pénale en invoquant uniquement l'existence – objective – d'une violation grave des droits de l'homme ; il faut alors expliquer comment le soldat individuel, eu égard à son éducation, à son endoctrinement et aux autres circonstances, était en mesure de reconnaître le caractère manifestement contraire à la loi pénale de son acte. »

La Cour constitutionnelle releva que, de ce point de vue, les tribunaux répressifs n'avaient pas discuté les faits de manière détaillée. Et de continuer, dans un passage important :

« Ils ont en revanche expliqué que le meurtre d'un fugitif non armé par des tirs ininterrompus [*Dauerfeuer*] était, dans les circonstances établies, un acte à ce point épouvantable et non susceptible de se voir appliquer un quelconque fait justificatif que la violation du principe de proportionnalité et de l'interdiction élémentaire de tuer était clairement discernable et donc manifeste, y compris pour une personne endoctrinée. Les autres explications données par les juridictions répressives permettent également de conclure avec une netteté suffisante, sur la base de l'ensemble des motifs des jugements prononcés en l'espèce et compte tenu des explications données dans les décisions, relatives à des affaires analogues, rendues les 3 novembre 1992 (...) et 25 mars 1993 (...), que le principe de culpabilité a été respecté. »

Il me paraît que des considérations similaires devraient guider la démarche de la Cour concernant les questions soulevées au regard de l'article 7 de la Convention, et plus particulièrement celle de savoir si le requérant pouvait raisonnablement prévoir que ses actes emporteraient violation de la loi pénale. J'admets volontiers que pour un soldat tel le requérant en l'espèce, qui avait subi l'endoctrinement des jeunes conscrits et qui courait le risque de s'exposer à des poursuites militaires si un fugitif parvenait à franchir la frontière, la situation était très difficile. J'admets également que la situation qui régnait en RDA était telle que le requérant ne pouvait guère prévoir à l'époque que ses actes lui vaudraient des poursuites pour homicide volontaire. Il s'agit toutefois là d'une question très différente de celle sur laquelle la Cour est appelée à se prononcer et qui consiste à savoir si le requérant pouvait raisonnablement prévoir que ses actes étaient constitutifs de pareille infraction. Si cette question se prête à diverses analyses, je n'aperçois pour ma part aucune raison de m'écarter de l'opinion mûrement réfléchie des juridictions nationales selon laquelle le fait de tirer sur une personne sans défense qui tentait de quitter Berlin-Est à la nage et qui ne représentait aucune menace pour la vie ou l'intégrité corporelle de quiconque enfreignait si manifestement tout principe de proportionnalité qu'il était prévisible qu'elle violait l'interdiction légale de tuer.

## OPINION PARTIELLEMENT DISSIDENTE DE M. LE JUGE CABRAL BARRETO

A mon vif regret, et pour les raisons exposées ci-dessous, je ne peux suivre la majorité dans cette affaire.

1. La transition d'un «Etat de non-droit» à un Etat de droit soulève toujours la question épineuse des crimes commis sous le régime antérieur et qui ont été laissés impunis.

Si l'on se penche sur l'Histoire récente de l'Europe, on peut discerner trois attitudes à cet égard :

- a) l'oubli total, sorte d'amnistie censée permettre la réconciliation nationale ;
- b) la punition de certains faits commis par une certaine catégorie de personnes ;
- c) la punition de certains faits.

Par ailleurs, la Cour l'a souligné dans son arrêt (...), l'engagement de poursuites pénales à l'encontre des personnes s'étant rendues coupables de ces crimes est en soi légitime.

Il n'encourt aucun reproche si, dans la procédure elle-même comme dans la punition des responsables, les principes inscrits dans la Convention sont observés.

Dès lors qu'il s'agit de punir des actes accomplis sous un régime antérieur, les principes de légalité et de non-rétroactivité de la loi sont forcément mis à l'épreuve.

C'est pour cela que certains Etats, soit parce qu'ils ne sont pas tout à fait sûrs de la conformité de leurs poursuites pénales en cette matière, soit parce qu'ils cherchent à se protéger d'une évolution jurisprudentielle, déposent des réserves au moment de la ratification de la Convention (voir la réserve du Portugal à l'article 7 de la Convention).

2. Il est de jurisprudence constante que l'article 7 de la Convention exige que l'infraction soit clairement définie par la loi, ce qui implique que celle-ci soit claire, prévisible et accessible.

Le principe de clarté de la loi est satisfait lorsqu'il est possible de définir, à partir de la disposition légale pertinente, quels actes ou omissions engagent la responsabilité pénale, même si cette définition est donnée par les tribunaux qui interprètent la disposition en cause.

La prévisibilité dépend dans une large mesure du contenu du texte dont il s'agit, du domaine qu'il couvre ainsi que du nombre et de la qualité de ses destinataires (arrêt *Groppera Radio AG et autres c. Suisse* du 28 mars 1990, série A n° 173, p. 26, § 68). La prévisibilité de la loi ne s'oppose pas à ce que la personne concernée soit amenée à recourir à des conseils éclairés pour évaluer, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé (arrêt *Cantoni*

c. *France* du 15 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V, p. 1629, § 35).

L'accessibilité présuppose la disponibilité à l'égard de la personne en cause de l'information concernant la règle de droit qui réprime les faits en question.

3. J'ai du mal à suivre la majorité lorsqu'elle arrive à la conclusion que tous ces éléments se trouvent réunis en l'espèce.

Je peux admettre que les lois étaient accessibles en ce sens que ceux qui s'y intéressaient pouvaient les obtenir et en prendre connaissance.

Mais j'ai des doutes sur leur clarté et leur prévisibilité.

Certes, le fait d'ôter la vie à une personne était puni par le code pénal de la RDA.

Mais l'ordre juridique de cet Etat imposait aussi aux gardes-frontière l'obligation de tirer sur les personnes essayant de traverser la frontière, une fois observées certaines règles relatives aux tirs de sommation.

Devant le conflit entre ne pas tuer et obéir aux autorités compétentes, qui ordonnaient de tirer pour empêcher la fuite, je n'hésite pas à conclure que, dans le contexte de l'époque, le fait de tirer, non sans avoir respecté les règles d'avertissement, sur une personne en train de franchir la frontière ne devait pas représenter, dans l'esprit du requérant, un homicide volontaire au sens du code pénal de son pays.

N'oublions pas qu'à l'époque il n'existait pas, en la matière, de jurisprudence propre à éclairer le requérant, et si celui-ci avait demandé l'avis d'un avocat il n'est pas difficile d'imaginer quel aurait pu être le contenu de la réponse.

Compte tenu des lois en vigueur à l'époque des faits reprochés au requérant et de la façon dont elles étaient interprétées, on ne peut considérer aujourd'hui que le requérant aurait dû se rendre compte, à l'époque de son acte, qu'en tirant sur le fugitif il commettrait un homicide volontaire.

Au contraire, ce qu'il pouvait prévoir alors c'était que, après les tirs de sommation, s'il ne tirait pas sur la personne pour l'empêcher de fuir, son comportement serait passible d'une enquête disciplinaire et pourrait donc être censuré.

A mon avis, considérer que le requérant, qui à l'époque était un jeune soldat âgé de vingt ans, aurait dû prévoir que son comportement pourrait être jugé constitutif d'un homicide volontaire dans les circonstances de l'espèce, c'est aller au-delà des conditions qui, selon une jurisprudence bien établie, régissent l'interprétation de l'article 7 de la Convention: la prévisibilité requise de la loi en cause doit être appréciée à l'aune d'une personne normale, placée dans les conditions de temps et de lieu du requérant.

Et malgré la perte, toujours déplorable, d'une vie humaine, je n'arrive pas à voir, sur le plan strictement juridique, comment on peut conclure

que l'ordre juridique de la RDA, tel qu'il existait et était interprété à l'époque, exigeait du requérant qu'il oublîât les faits justificatifs de son action, pour ne retenir que la règle selon laquelle le fait d'ôter la vie à une personne était constitutif d'un homicide volontaire.

Je puis parfaitement admettre que le requérant ait agi convaincu de la licéité de sa conduite et n'ait pensé à aucun moment que son attitude valait perpétration d'un homicide volontaire au sens du code pénal de la RDA de 1968. Je suis d'accord en outre pour dire que cette attitude correspondait, à l'époque, en RDA, à celle d'une personne normale placée dans une situation identique.

Force m'est donc de constater que les exigences de prévisibilité et d'accessibilité ne sont pas remplies et que, partant, il y a eu violation de l'article 7 § 1 de la Convention du fait de la condamnation du requérant par les juridictions allemandes pour homicide volontaire.

4. En ce qui concerne la question de savoir si l'action du requérant pouvait être considérée comme «criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées» (article 7 § 2), je me rallie à l'opinion dissidente de M. Pellonpää.

Je dois souligner encore que ce qui importe est de savoir si l'action pouvait être ainsi conçue «au moment où elle a été commise».

Malgré l'évolution qu'avait subie le concept par rapport aux principes de Nuremberg, il me paraît que, en 1972, l'action isolée du requérant ne pouvait encore être ainsi considérée (voir ci-dessous mes réflexions sur les «crimes contre les droits de l'homme»).

5. De plus, j'estime que la majorité aurait dû arriver à une conclusion différente en ce qui concerne la question de la prescription (paragraphe 108 à 111 de l'arrêt).

5.1. D'après l'article 82 § 1 (4) du code pénal de la RDA de 1968, le délai de prescription pour homicide volontaire était de quinze ans.

Comme les faits reprochés au requérant remontent à février 1972, la prescription était acquise en 1987.

Il est vrai que l'article 84 du même code prévoyait que «les crimes contre la paix ou contre l'humanité ou commis contre les droits de l'homme» n'étaient pas soumis aux règles de prescription. C'est ce qui a amené la majorité à conclure qu'une fois établi que les faits reprochés au requérant constituaient un crime contre les droits de l'homme, le code pénal de la RDA assurait l'imprescriptibilité de la poursuite pénale.

Or il ne faut pas oublier que ce qui importe est de savoir si, au moment où elle a été commise, l'infraction constituait, d'après le code pénal de la RDA, un crime contre les «droits de l'homme».

A cet égard, si l'on ne peut nier l'évolution qu'a subie progressivement la notion de «crimes contre les droits de l'homme» depuis 1972, même dans un pays comme la RDA, il reste pour moi impossible de concevoir



qu'une interprétation plausible de cette notion telle qu'elle se présentait à l'époque des faits puisse englober l'action litigieuse du requérant.

J'ai aussi des difficultés à admettre que l'interprétation de la notion ait évolué suffisamment pour qu'on puisse conclure, notamment avec l'aide de l'interprétation judiciaire, que, tout au moins avant le mois de février de 1987, moment auquel la prescription aurait été acquise, l'action du requérant constituait un « crime contre les droits de l'homme ».

D'après l'idéologie dominante à l'époque en RDA, d'après la vision du monde et de la vie qui y prédominaient, l'action du requérant, malheureuse, on doit le dire et le redire, était considérée non pas comme un crime mais comme un fait digne d'éloge.

De plus, l'interprète ne peut, pour fixer le contenu des prévisions du code pénal de 1968, remplacer les conceptions qui prévalaient à l'époque par celles qui ont cours aujourd'hui. Il doit prendre uniquement en considération la détermination objective de l'illicite dans le contexte historique et l'imputation subjective dans la situation où l'action a eu lieu.

5.2. La majorité mentionne encore la loi de la RFA du 26 mars 1993 sur le gel de la prescription pour les « actes commis sous le régime d'injustice du Parti socialiste unifié », qui fait courir le délai de la prescription non pas à partir du moment du crime, mais à compter du 3 octobre 1990, date de la disparition de la RDA.

La nature juridique de la prescription a toujours été controversée dans la doctrine, mais il semble plus approprié de défendre pour la prescription de la poursuite pénale une nature mixte : procédurale et matérielle à la fois.

Ce qui veut dire que le principe de non-rétroactivité *in malam partem* couvre la prescription une fois que le délai initialement prévu est expiré.

La Cour n'a pas encore eu l'opportunité de trancher ce problème.

Dans l'arrêt *Coëme et autres c. Belgique*, n<sup>os</sup> 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96, CEDH 2000-VII, elle a cependant précisé :

« 146. La prescription peut se définir comme le droit accordé par la loi à l'auteur d'une infraction de ne plus être poursuivi ni jugé après l'écoulement d'un certain délai depuis la réalisation des faits. Les délais de prescription, qui sont un trait commun aux systèmes juridiques des Etats contractants, ont plusieurs finalités, parmi lesquelles garantir la sécurité juridique en fixant un terme aux actions et empêcher une atteinte aux droits de la défense qui pourraient être compromis si les tribunaux étaient appelés à se prononcer sur le fondement d'éléments de preuve qui seraient incomplets en raison du temps écoulé (arrêt *Stubbings et autres c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1996, *Recueil* 1996-IV, pp. 1502-1503, § 51).

(...)

149. (...)

La question d'une éventuelle atteinte à l'article 7 par une disposition qui aurait pour effet de faire renaître la possibilité de sanctionner des faits devenus non punissables par l'effet d'une prescription acquise est étrangère au cas d'espèce et ne doit donc pas être

examinée dans la présente affaire, même si, comme le soutient M. Hermanus, la Cour de cassation aurait, en ce qui le concerne, reconnu un effet interruptif à un acte qui n'avait pas cet effet au moment où il avait été posé.

150. La Cour constate que les requérants, qui ne pouvaient ignorer que les faits reprochés étaient susceptibles d'engager leur responsabilité pénale, ont été condamnés pour des actes pour lesquels l'action publique n'a jamais été éteinte par prescription. Ces actes constituaient des infractions au moment où ils ont été commis et les peines infligées ne sont pas plus fortes que celles qui étaient applicables au moment des faits. Les requérants n'ont pas non plus subi, du fait de la loi du 24 décembre 1993, un préjudice plus grand que celui auquel ils étaient exposés à l'époque où les infractions furent commises (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt Welch [c. Royaume-Uni du 9 février 1995, série A n° 307-A], p. 14, § 34). »

Si l'on peut oser lire au-delà de ce qui est écrit, la solution à retenir d'après cet arrêt est qu'il y a violation de l'article 7 de la Convention dès lors qu'une loi vient à allonger les délais de la prescription une fois que celle-ci est acquise.

Toute autre solution irait à l'encontre du principe de sécurité juridique.

C'est donc avec cette limitation que la loi du 26 mars 1993 doit être interprétée: le gel des délais de prescription se limiterait aux délais en cours et ne vaudrait pas pour ceux expirés avant l'entrée en vigueur de la loi.

6. En conclusion, j'estime qu'il y a eu en l'espèce violation de l'article 7 de la Convention du fait de la condamnation du requérant pour son acte de février 1972.

Je reste enfin persuadé que le requérant, jeune homme sans maturité et indépendance, endoctriné par l'idéologie dominante, a été plutôt une victime d'un régime et d'un système, que la Cour, avec mon entier soutien, vient de stigmatiser aujourd'hui dans l'arrêt *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* ([GC], n°s 34044/96, 35532/97 et 44801/98, CEDH 2001-II).

OPINION PARTIELLEMENT DISSIDENTE  
DE M. LE JUGE PELLONPÄÄ,  
À LAQUELLE DÉCLARE SE RALLIER  
M. LE JUGE ZUPANČIČ

(Traduction)

J'ai voté contre la conclusion de la majorité selon laquelle il n'y a pas eu violation en l'espèce, mais en faveur du constat de non-violation dans l'affaire *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* ([GC], n<sup>os</sup> 34044/96, 35532/97 et 44801/98, CEDH 2001-II), sur laquelle la Cour s'est également prononcée aujourd'hui. C'est une conséquence quelque peu curieuse des complexités de l'histoire allemande récente que les raisons mêmes qui plaident en faveur d'un constat de non-violation dans la cause des trois leaders politiques étayent en partie la conclusion inverse dans l'affaire *K.-H.W.* Alors que les requérants Streletz, Kessler et Krenz comptent au nombre des responsables du système inhumain de surveillance de la frontière mis en place du temps de la RDA et qu'ils ne sauraient donc avoir les mains propres pour justifier leurs actions ou omissions relativement à ce système, le requérant K.-H.W. paraît, dans une certaine mesure, avoir été victime de celui-ci. Le régime de surveillance de la frontière qui lui fut « imposé » (...) sous la menace de sanctions constitue un élément essentiel du cadre juridique et du contexte social à l'intérieur duquel il devait ajuster son comportement à l'époque de son acte. Après la réunification, toutefois, il s'entendit affirmer que, pour échapper à une condamnation, il aurait dû, en 1972, se détacher dudit contexte pour se laisser guider par les éléments de l'ordre juridique de la RDA qui présentaient une ressemblance avec les systèmes basés sur l'état de droit.

Avant de poursuivre, qu'il me soit permis de préciser que je ne sous-estime nullement la gravité de l'acte commis par le requérant en 1972. Tuer une personne sans défense constitue un acte abominable, et si le requérant avait refusé de le commettre, il mériterait toute notre admiration. Toutefois, le fait qu'il n'ait pas eu un comportement aussi digne n'est pas décisif lorsqu'il s'agit d'apprécier sa condamnation sous l'angle de l'article 7 de la Convention.

Pour être compatible avec l'article 7, une condamnation pénale doit avoir une base juridique dans le droit applicable, lequel doit de surcroît être suffisamment accessible et prévisible. Les tribunaux allemands ont condamné le requérant sur la base du droit pénal de la RDA, le droit de la RFA n'ayant été appliqué que dans la mesure où il était moins sévère. En conséquence, la question est de savoir si le comportement du requérant à l'époque de la fusillade constituait, avec l'accessibilité et la prévisibilité requises par l'article 7, une infraction d'après le droit de la

RDA. Si la réponse est non, une autre question se pose : celle de savoir si l'acte en cause constituait une infraction d'après le droit international (article 7 § 1) ou était « criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » (article 7 § 2).

Je suis prêt à admettre qu'il y avait une base juridique suffisante dans le droit de la RDA et que « la condamnation du requérant par les juridictions allemandes, qui avaient interprété et appliqué ces dispositions [l'article 17 § 2 de la loi sur la police et les autres dispositions pertinentes] au cas d'espèce, ne paraît à première vue ni arbitraire ni contraire à l'article 7 § 1 de la Convention » (paragraphe 59 de l'arrêt). J'admets également que le fait que les juridictions allemandes ont eu des approches différentes quant à l'interprétation des faits justificatifs invoqués par le requérant ne prive pas les lois en question de leur prévisibilité et ne viole pas autrement l'article 7 (...)

Cela précisé, ces différences indiquent par elles-mêmes que l'interprétation des faits justificatifs prévus par l'article 17 § 2 de la loi sur la police ne coulait nullement de source. Les difficultés étaient aggravées par le fait que le requérant ne pouvait évidemment bénéficier d'aucune jurisprudence établie clarifiant le contenu de la disposition en cause. De surcroît, le cadre juridique à l'intérieur duquel vivait l'intéressé n'était pas constitué uniquement de lois adoptées par le parlement. Pour que la garantie de l'article 7 soit « réelle et effective », plutôt que « théorique et illusoire » (voir, par exemple, l'arrêt *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, série A n° 32, p. 12, § 24), il échet de ne pas considérer isolément du contexte que formait le système juridique de la RDA dans son ensemble les dispositions telles que l'article 17 § 2 précité.

D'après l'article 73 de la Constitution de la RDA, le Conseil d'Etat rendait les décisions de principe pour les questions de défense et de sécurité du pays, dont il organisait la défense avec l'aide du Conseil national de défense (...) Comme il est précisé dans l'arrêt, les ordres sur lesquels, parmi d'autres considérations, le requérant a agi « avaient été sans conteste décidés par les organes directeurs de la RDA mentionnés à l'article 73 de la Constitution » (...) En d'autres termes, le requérant semble avoir agi en conformité avec des ordres émanant, au premier abord, d'organes « constitutionnellement compétents ». Je trouve quelque peu déraisonnable de considérer qu'il aurait dû être à même de trancher un conflit entre ces ordres et d'autres dispositions (telles que l'article 17 § 2 de la loi sur la police) en appliquant des méthodes utilisées dans un Etat fondé sur l'état de droit. Le fait que pareilles méthodes n'étaient pas généralement appliquées en RDA se reflète, par exemple, dans l'article 89 § 3 de la Constitution de 1968, aux termes duquel le Conseil d'Etat (et non, disons, la Cour suprême) avait compétence pour statuer en cas de doute au sujet de la constitutionnalité de dispositions légales émanant du Conseil des ministres ou d'autres organes de l'Etat (« *Über Zweifel an der*

*Verfassungsmäßigkeit von Rechtsvorschriften des Ministerrates und anderer staatlicher Organe entscheidet der Staatsrat»).*

Ce serait accomplir un effort futile (et dépassant mon rôle actuel) que de tenter de trouver l'interprétation «correcte» du droit pertinent de la RDA. Si j'ai formulé les remarques ci-dessus c'est pour montrer qu'après avoir lancé des sommations et avoir tiré les premiers coups de semonce, puis les coups mortels<sup>1</sup>, le requérant (qui agit conjointement avec ses coaccusés), ne pouvait pas raisonnablement prévoir, à mon sens, qu'il serait condamné pour homicide volontaire. Le droit de la RDA qui a été appliqué ne remplissait donc pas la condition de prévisibilité requise par l'article 7 de la Convention. La question se pose alors de savoir si cet acte était criminel d'après le droit international, au sens du paragraphe 1 ou du paragraphe 2 de l'article 7.

Avant d'en venir à cette question, il me faut souligner que, à la différence des requérants Streletz, Kessler et Krenz, le présent requérant ne peut être jugé responsable du fait «qu'aux principes inscrits dans la Constitution et les textes légaux de la RDA (...) s'opposait la pratique répressive» (...) Je ne suis pas davantage pleinement convaincu que les personnes dans la situation du requérant aient été envisagées par le Parlement de la RDA démocratiquement élu qui, au cours de l'été 1990, avait demandé au législateur de l'Allemagne unifiée «d'assurer les poursuites des injustices commises par le Parti socialiste unifié» (...) Le fait que le requérant se soit porté volontaire pour servir dans l'armée pendant trois ans ne démontre pas une adhésion particulière au système inhumain de surveillance de la frontière. Ainsi qu'il ressort des décisions du tribunal de première instance et de la Cour fédérale de justice, l'intéressé paraît n'avoir agi ainsi qu'avec réticence et sur l'insistance de son père, qui était militaire de carrière. Ainsi donc, son service volontaire marque plutôt un manque d'indépendance et de maturité qu'un engagement particulier en faveur du système. Quoi qu'il en soit, sa décision d'accomplir trois ans de service militaire n'a pas, d'après moi, accru d'une manière pertinente sur le plan juridique la prévisibilité requise par l'article 7.

Reste à déterminer si l'acte du requérant était néanmoins «criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées», au sens du paragraphe 2 de l'article 7, ou s'il constituait, pour d'autres motifs, une infraction d'après le droit international (paragraphe 1).

---

1. Il ressort des décisions rendues par les juridictions internes qu'à l'époque de la fusillade les fusils du requérant et de ses coaccusés étaient réglés en tir automatique (*auf Dauerfeuer eingestellt*) et que les intéressés ont tiré en tout cinq fois sur leur gâchette, chaque mouvement faisant partir deux coups. Comme la Cour le précise dans son arrêt (paragraphe 17 et 18), le tribunal régional et la Cour fédérale ont accueilli l'affirmation du requérant et de ses coaccusés selon laquelle les premiers coups tirés avaient été des coups de semonce.

J'admets que l'on peut trouver des arguments pour étayer la thèse selon laquelle, même dans les années 70, une politique de fermeture des frontières d'un Etat constituait un crime contre l'humanité selon les principes de Nuremberg tels qu'ils s'étaient développés au fil des ans<sup>1</sup>. Pareille politique pourrait être considérée comme une violation massive et systématique des droits de l'homme au sens des principes de Nuremberg. Ainsi, on peut soutenir qu'il aurait été possible de justifier aussi par référence au paragraphe 2 de l'article 7 la condamnation des responsables de cette politique. La question de savoir si un acte individuel tel celui ici en cause était de nature à engager la responsabilité de son auteur pour crime contre l'humanité constitue toutefois une question distincte. Indépendamment de ce que la réponse à cette question pourrait être aujourd'hui, je ne puis trouver aucun fondement à la thèse selon laquelle l'acte commis par le requérant en 1972 constituait, à l'époque, un crime contre l'humanité au sens des principes de Nuremberg. Cela précisé, je conclus également que la Résolution 95 (I) de l'Assemblée générale des Nations unies (paragraphe 79 de l'arrêt), qui s'applique aux actes couverts par ces principes, n'a pas d'incidence directe en l'espèce.

Je ne suis pas davantage persuadé que la responsabilité pénale individuelle du requérant au regard du droit international puisse se fonder sur d'autres sources, telles des considérations comparatives. Si le système de surveillance de la frontière mis en place par la RDA était à beaucoup d'égards unique, l'utilisation de la force meurtrière a aussi été tolérée – à des degrés divers – dans des sociétés démocratiques. Ainsi, dans une décision de 1988 (*BGHS* 35, p. 379), la Cour fédérale de justice allemande a acquitté un agent des douanes qui avait tiré un coup de feu potentiellement mortel en direction du conducteur d'une moto qui tentait d'échapper à un contrôle à la frontière germano-néerlandaise, au motif que ledit agent pouvait objectivement soupçonner que les fuyards étaient de dangereux trafiquants de drogue ou qu'ils avaient un motif comparable de prendre la fuite. S'il faut se garder d'établir un parallèle entre ladite affaire et la présente espèce, la décision de la Cour fédérale de justice de 1988 n'en constitue pas moins une indication que le droit à la vie n'avait pas pris une importance à ce point prépondérante qu'elle pourrait justifier la conclusion que l'acte litigieux du présent requérant était, en 1972, criminel « d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ». Je ne trouve pas non plus d'arguments convaincants pour soutenir la conclusion (...) selon laquelle le droit à la vie garanti dans les instruments généraux de protection des droits de l'homme emportait, déjà en 1972, une responsabilité pénale individuelle pour le type d'acte commis par le requérant.

---

1. Je renvoie à cet égard à l'opinion séparée de M. Loucaides dans l'affaire *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* précitée.

Je conclus dès lors qu'il y a eu violation de l'article 7. Je n'estime toutefois pas que cette violation se trouve aggravée par une discrimination contraire à l'article 14. Compte tenu du caractère modéré de la peine infligée au requérant et des autres circonstances, je considérerais de surcroît sans aucun doute que le constat de cette violation représenterait en soi une satisfaction équitable suffisante pour tout dommage moral pouvant avoir été subi par le requérant.





K.-H.W. v. GERMANY  
(*Application no. 37201/97*)

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 22 MARCH 2001<sup>1</sup>

---

1. Extracts.



SUMMARY<sup>1</sup>**Conviction of a border guard of the GDR after German reunification for killing an East German attempting to flee to the West****Article 7 § 1**

*Nullum crimen sine lege – Conviction of a border guard of the GDR after German reunification for killing an East German attempting to flee to the West – Interpretation by the courts of the FRG of the legal provisions of the GDR – Grounds of justification – State practice superimposed on rules of written law – State practice flagrantly disregarding of fundamental rights – Foreseeability – Accessibility – Rules of international law on protection of human rights – International protection of right to life*

\*  
\*   \*

The applicant, formerly a national of the German Democratic Republic (GDR), was a border guard stationed on the frontier between the two German States. In 1972 he fired at an unarmed person attempting to leave East Berlin by swimming across the frontier, and killed him. He was not prosecuted in the GDR and was awarded a medal and a bonus. After German reunification the Berlin Regional Court found him criminally responsible for the killing under the provisions of the GDR's criminal law applicable at the material time. It dismissed the grounds of justification pleaded by the applicant based on the GDR's law and practice and the duty to obey orders. The Regional Court then applied the criminal law of the Federal Republic of Germany (FRG) as being more lenient than that of the GDR, sentencing him for intentional homicide to one year and ten months' imprisonment, suspended, with probation. The Federal Court of Justice upheld the conviction and the Federal Constitutional Court held that it was compatible with the Constitution.

*Held*

Article 7 § 1<sup>2</sup>: The legal basis for the conviction had been the criminal law of the GDR applicable at the material time, and the sentence had corresponded, in principle, to that prescribed in the relevant GDR legislation but had in fact been lower, by virtue of the principle of applying the more lenient law, namely that of the FRG. The applicant's conviction by the courts of the FRG, which had interpreted and applied the GDR's written law, did not appear at first sight to have been arbitrary or contrary to Article 7 § 1. As regards the foreseeability of

---

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

2. The reasoning of this judgment is largely identical with that in *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany* [GC], nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98, ECHR 2001-II), with the exception of the following specific points.

the conviction, it was apparent from domestic law and from the facts of the case that even a private soldier like the applicant knew or should have known that firing on unarmed persons who merely wanted to cross the border flagrantly infringed the GDR's legal principles and internationally recognised human rights, in particular the right to life. The political context in the GDR at the material time could not justify this. The German courts had examined in detail the extenuating circumstances in the applicant's favour and had duly taken account of the differences in responsibility between the former leaders of the GDR and the applicant when determining the relative severity of their sentences.

*Conclusion:* no violation (fourteen votes to three).

### **Case-law cited by the Court**

- Ireland v. the United Kingdom*, judgment of 18 January 1978, Series A no. 25  
*Foti and Others v. Italy*, judgment of 10 December 1982, Series A no. 56  
*Schenk v. Switzerland*, judgment of 12 July 1988, Series A no. 140  
*Kokkinakis v. Greece*, judgment of 25 May 1993, Series A no. 260-A  
*Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom*, judgment of 13 July 1995, Series A no. 316-B  
*S.W. v. the United Kingdom*, judgment of 22 November 1995, Series A no. 335-B  
*C.R. v. the United Kingdom*, judgment of 22 November 1995, Series A no. 335-C  
*Kopp v. Switzerland*, judgment of 25 March 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-II  
*Osman v. the United Kingdom*, judgment of 28 October 1998, *Reports* 1998-VIII  
*Akkoç v. Turkey*, nos. 22947/93 and 22948/93, ECHR 2000-X  
*Rehbock v. Slovenia*, no. 29462/95, ECHR 2000-XII  
*Streletz, Kessler and Krenz v. Germany* [GC], nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98, ECHR 2001-II

**In the case of K.-H.W. v. Germany,**

The European Court of Human Rights, sitting as a Grand Chamber composed of the following judges:

Mr L. WILDHABER, *President*,

Mrs E. PALM,

Mr C.L. ROZAKIS,

Mr G. RESS,

Mr J.-P. COSTA,

Mr L. FERRARI BRAVO,

Mr L. CAFLISCH,

Mr L. LOUCAIDES,

Mr I. CABRAL BARRETO,

Mr K. JUNGWIERT,

Sir Nicolas BRATZA,

Mr B. ZUPANČIĆ,

Mrs N. VAJIĆ,

Mr M. PELLONPÄÄ,

Mrs M. TSATSA-NIKOLOVSKA,

Mr E. LEVITS,

Mr A. KOVLER,

and also of Mr M. DE SALVIA, *Registrar*,

Having deliberated in private on 8 November 2000 and 14 February 2001,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 37201/97) against the Federal Republic of Germany lodged with the European Commission of Human Rights (“the Commission”) by a German national, Mr K.-H.W. (“the applicant”), under former Article 25 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) on 5 May 1997. The applicant asked the Court not to disclose his identity and the President granted his request in accordance with Rule 47 § 3 of the Rules of Court.

2. The applicant, who was granted legal aid, was represented by Mr P. Gardner, of the London (United Kingdom) Bar, and by Mr D. Lammer, of the Berlin (Germany) Bar. The German Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr K. Stoltenberg, *Ministerialdirigent*.

3. The applicant alleged that the act on account of which he had been prosecuted did not constitute an offence, at the time when it was

committed, under national or international law, and that his conviction by the German courts had, therefore, breached Article 7 § 1 of the Convention. He also relied on Articles 1 and 2 § 2 of the Convention.

4. The application was transmitted to the Court on 1 November 1998, when Protocol No. 11 to the Convention came into force (Article 5 § 2 of Protocol No. 11).

5. It was assigned to the Fourth Section of the Court, at the same time as the applications of Mr Fritz Streletz, Mr Heinz Kessler and Mr Egon Krenz (nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98), likewise lodged against the Federal Republic of Germany (Rule 52 § 1).

...

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

10. The applicant is a German national, born in 1952 and living in Berlin (Germany).

...

14. The applicant, who had enlisted for a three-year period of military service, from 1970 to 1973, at the instigation of his father, a career officer, was a member of the 35th regiment of the German Democratic Republic's (GDR) border guards from 1971 onwards.

...

### B. The proceedings in the German courts

17. In a judgment of 17 June 1993 the Berlin Regional Court (*Landgericht*) sentenced the applicant to one year and ten months' juvenile detention (*Jugendstrafe*), suspended on probation (*auf Bewährung*), for intentional homicide (*Totschlag*).

The Regional Court found that it had been established that during the night of 14 to 15 February 1972 he and another border guard had fired five rounds of two shots each causing the death of a fugitive who was trying to swim away from East Berlin, after shouting out to him and firing warning shots (*Warnschüsse*). The victim was Mr Manfred Weylandt, aged 29, who was hit in the head by one of the shots and instantly sank and drowned. His body was recovered in the afternoon and handed over to officials of the Ministry of National Security (*Ministerium für Staatssicherheit*). The guards who had fired at Mr Weylandt were congratulated, decorated with the "Order of Merit of the GDR's border troops" (*Leistungsabzeichen der Grenztruppen der DDR*) and awarded a bonus of 150 German marks. Mr Weylandt's widow was told that her husband had committed suicide,

that the urn containing his ashes had already been buried and that she could apply to the cemetery management for the card identifying the burial site (*Grabkarte*).

On the basis of the criminal law applicable in the GDR at the material time, the Regional Court first declared the applicant guilty of intentional homicide (*Totschlag*) (Article 113 of the GDR's Criminal Code – “the StGB-DDR”; see paragraph 25 below); with regard to the question of limitation, the Regional Court referred to the established case-law of the Federal Court of Justice (see Federal Court of Justice, Criminal Cases, decisions published in *Monatszeitschrift des deutschen Rechts* (Monthly German Law Review) 1994, p. 704, and in *Neue Strafrechtszeitschrift* (New Criminal Law Review) 1994, p. 330 and to the Act of 26 March 1993 on the suspension (*Ruhen*) of limitation in respect of injustices committed under the Socialist Unity Party regime, also known as the Limitation Act (*Gesetz über das Ruhen der Verjährung bei SED-Unrechtstaten – Verjährungsgesetz*; see paragraph 39 below).

The Regional Court then applied the criminal law of the FRG, which was more lenient than that of the GDR, and convicted the applicant of intentional homicide (*Totschlag*) (Articles 212 and 213 of the FRG's Criminal Code – “the StGB”; see paragraph 38 below).

The Regional Court also held that the applicant could not justify his conduct by pleading section 17(2) of the GDR's People's Police Act (*Volkspolizeigesetz*) ... because Mr Weylandt's attempt to cross the border could not be classified as a serious crime within the meaning of Article 213 § 3 of the StGB-DDR ...

It further held that the applicant could not rely on Article 258 of the StGB-DDR ... He had, admittedly, acted in accordance with the following order given to border guards at the time: “The unit [*der Zug*] ... will ensure the security of the GDR's State border ... its duty is not to permit border crossings [*Grenzdurchbrüche*], to arrest border violators [*Grenzverletzer*] or to annihilate them [*vernichten*] and to protect the State border at all costs [*unter allen Bedingungen*] ...” Moreover, he had been part of a military system subject to absolute discipline and obedience in which he had undergone intense political indoctrination; in the event of a successful crossing of the border, the guards on duty knew that an investigation would be conducted by the military prosecutor (*Militärstaatsanwalt*). However, the Regional Court held that, even for a private soldier, it should have been obvious that firing at an unarmed person infringed the “duty of humanity” (*Gebot der Menschlichkeit*) and that the applicant could have fired into the water without having to fear the consequences of disobeying orders, since it would have been impossible to observe the exact trajectory of the bullets under water.

18. In a judgment of 26 July 1994, separate from its judgment of the same day concerning Mr Streletz and Mr Kessler, likewise applicants

before the European Court (applications nos. 34044/96 and 35532/97) and former members of the National Defence Council, the Federal Court of Justice (*Bundesgerichtshof*) upheld the judgment of the Regional Court.

It first gave an account of the facts of the case, accepting that it could not be gainsaid that the first shots fired by the applicant had been warning shots, but pointing out that the subsequent shots had been fired immediately afterwards and that the two soldiers knew that the fugitive might be fatally wounded by these later shots.

The Federal Court of Justice went on to observe that a ground of justification which placed the prohibition of crossing the border above the right to life “flagrantly and intolerably infringe[d] elementary precepts of justice and human rights protected under international law” (*“verstösst offensichtlich und unerträglich gegen elementare Gebote der Gerechtigkeit und gegen völkerrechtlich geschützte Menschenrechte”*) and was invalid. It also referred to the Universal Declaration of Human Rights.

The Federal Court of Justice held that the statutory grounds of justification provided in the law of the GDR should have been interpreted strictly and in a manner favourable to human rights (*menschenrechtsfreundlich*), so that the killing of an unarmed fugitive who merely wanted to swim from one part of Berlin to the other was unlawful (*rechtswidrig*).

Like the Regional Court, the Federal Court of Justice considered that it should have been obvious to the applicant that the order to annihilate “border violators” contravened the criminal law as laid down in Article 258 § 1 of the StGB-DDR ..., the equivalent provision to which was Article 5 § 1 of the FRG’s Military Criminal Code (see paragraph 38 below).

In conclusion, the Federal Court of Justice held that “the decisive factor was that the killing [*Tötung*] of an unarmed fugitive by sustained fire [*Dauerfeuer*] was, in the circumstances of the case, such a dreadful act, not justifiable by any defence whatsoever, that it must have been immediately apparent and obvious even to an indoctrinated person that it breached the proportionality principle and the elementary prohibition on the taking of human life”.

19. The applicant then lodged a constitutional appeal with the Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*).

20. ...

As regards more particularly the present applicant, the Federal Constitutional Court added:

“The impugned decisions are not open to any serious objections on constitutional grounds.

The Regional Court regarded it as established that the fourth appellant [K.-H.W.] both knew, when firing the fatal shots, that the fugitive was likely to be mortally



wounded and willingly accepted that risk. All relevant grounds for excluding guilt were considered on the basis of the case-law of the highest courts and rejected. Criminal responsibility was thus established in a constitutionally unobjectionable manner. That applies also inasmuch as the requirements for acting in obedience to orders [*Handeln auf Befehl*] were held not to have been satisfied. The fact that the Federal Court of Justice, like the Regional Court, based its examination on Article 5 § 1 of the Military Criminal Code, as interpreted by the highest courts, and treated it as being identical in content with Article 258 of the Criminal Code of the GDR is a matter for the criminal courts since it concerns the interpretation and application of the criminal law. On the basis of their findings of fact, those courts – likewise unobjectionably from a constitutional point of view – assumed that the ground for exempting the appellant from punishment could be excluded only under the second limb of Article 5 § 1 of the Military Criminal Code, because the unlawfulness of the order to use firearms at the border was obvious in the circumstances known to the appellant. According to the settled case-law of the Federal Court of Justice, that condition is satisfied where the breach of criminal law is clear beyond doubt; soldiers are not under any duty to check or make enquiries. What is decisive is rather whether the breach of the criminal law was so obvious that it was plain without further thought or enquiry to an average soldier possessed of the information which the recipient of the order had (cf. *BGHSt* 39, pp. 188 et seq.).

That interpretation satisfies the constitutional criterion of the principle of guilt [*Schuldgrundsatz*]. Admittedly, misgivings as to whether the breach of criminal law was clear beyond all doubt might arise from the fact that the GDR leadership, exercising the authority of the State, broadened the justification intended to cover the conduct of the border guards and thereby made that justification available to them. That being so, it is not self-evident that the dividing line between criminal and non-criminal conduct would be crystal clear to the average soldier, and it would be inconsistent with the principle of guilt to hold that the breach of criminal law was obvious to the soldiers on the sole basis that there had – objectively – been a serious breach of human rights; it must therefore be shown in greater detail why the individual soldier, in view of his education, indoctrination and other circumstances, was in a position to recognise that his action undoubtedly contravened the criminal law. The criminal courts did not discuss the facts in detail from this point of view in the initial proceedings. They did, however, show that the killing of an unarmed fugitive by sustained fire [*Dauerfeuer*] was, in the circumstances they had found, such a dreadful and wholly unjustifiable act that it must have been immediately apparent and obvious even to an indoctrinated person that it breached the principle of proportionality and the elementary prohibition on the taking of human life. The other explanations given by those courts likewise show sufficiently clearly, in the light of all the reasons stated in the judgments and the reference to statements made in the earlier decisions of 3 November 1992 (*BGHSt* 39, p. 1) and 25 March 1993 (*BGHSt* 39, p. 168) concerning cases of the same type, that the principle of guilt has been respected.

The length of the sentence likewise stands up to scrutiny from the constitutional point of view. In a manner that was both careful and wholly compatible with the Constitution, the courts below took all relevant points of view into consideration and weighed them against each other in an acceptable manner. The difference in gravity between the wrong done by the first, second and third appellants as givers of orders and that done by the fourth appellant as the recipient of orders was clearly reflected in the length of the sentences imposed. The special political situation prevailing in the former GDR, in particular, was taken into account in mitigation of the sentence imposed on the fourth appellant, whose prison sentence was suspended on probation.”

## II. RELEVANT DOMESTIC AND INTERNATIONAL LAW

...

### B. The legislation applicable in the GDR at the material time

...

25. Article 113 § 1 of the StGB-DDR prescribed a maximum sentence of ten years' imprisonment for intentional homicide (*Totschlag*). According to Article 82 § 1 (4) of the StGB-DDR, the limitation period for prosecution in respect of offences attracting a maximum penalty of ten years' imprisonment was fifteen years.

...

### D. The legislation applicable in the FRG at the material time

...

38. Article 212 of the FRG's Criminal Code prescribes a prison sentence of from five years to life, in particularly serious cases, for intentional homicide (*Totschlag*). Article 213 prescribes a prison sentence of under ten years in a less serious case of intentional homicide (*minderschwerer Fall des Totschlags*). Article 5 of the Military Criminal Code (*Wehrstrafgesetz*) provides:

“1. Where, in executing an order, a subordinate commits an unlawful act which constitutes a criminal offence, his guilt shall not be established unless he understands [*erkennt*] that the act is unlawful or unless that is obvious in the circumstances of which he is aware.

2. Where the subordinate's guilt is slight, regard being had to the special situation he found himself in when executing the order, the court may reduce his sentence in accordance with Article 49 § 1 of the Criminal Code, or even order his discharge in the case of a minor offence.”

39. Section 1 of the Act of 26 March 1993 on the suspension (*Ruhen*) of limitation in respect of injustices committed under the Socialist Unity Party regime, also known as the Limitation Act (*Gesetz über das Ruhen der Verjährung bei SED-Unrechtstaten – Verjährungsgesetz*), provides:

“When calculating the limitation period for the prosecution of acts committed under the unjust regime of the Socialist Unity Party but in respect of which no prosecution was brought, by the express or implied will of the State or Party leadership of the former German Democratic Republic, for political reasons or reasons incompatible with the essential principles of a liberal order governed by the rule of law [*freiheitliche rechtsstaatliche Ordnung*], the period between 11 October 1949 and 2 October 1990 shall not be taken into account. During that period limitation was suspended.”

...

## THE LAW

### I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 7 § 1 OF THE CONVENTION

...

#### (a) National law

##### (i) *The legal basis for the applicant's conviction*

48. The Court notes that the Berlin Regional Court first found the applicant guilty of intentional homicide on the basis of the criminal law applicable in the GDR at the material time (Article 113 of the GDR's Criminal Code ("the StGB-DDR") – see paragraph 17 above). It held that during the night of 14 to 15 February 1972, together with another border guard, he had fired five shots which had led to the death of a person trying to swim away from East Berlin, and rejected the grounds of justification pleaded by the applicant, based on the law and practice of the GDR and the fact that he had been obeying orders. The Regional Court then applied the criminal law of the FRG, as being more lenient than that of the GDR, sentencing the applicant for intentional homicide to one year and ten months' juvenile detention (*Jugendstrafe*), suspended on probation (see paragraph 17 above). The Federal Court of Justice upheld the applicant's conviction, and the Federal Constitutional Court held that it was compatible with the Basic Law (see paragraphs 18 and 20 above).

49. The German courts thus applied the principle, formulated in the German Unification Treaty of 31 August 1990 and in this treaty's implementing Act of 23 September 1990, that for acts committed by citizens of the GDR inside the territory of the GDR the applicable law is that of the GDR, the law of the FRG being applied only where it is more lenient (*lex mitius*) ...

50. The legal basis for the applicant's conviction was therefore the criminal law of the GDR applicable at the material time, and his sentence corresponded in principle to the one prescribed in the relevant provision of the GDR's legislation; in the event, the sentence imposed on the applicant was lower, thanks to the principle of applying the more lenient law, which was that of the FRG.

##### (ii) *Grounds of justification under GDR law*

...

58. In the present case the German courts convicted the applicant for firing several shots at a person who had attempted to swim across the border between the two German States. The victim had been unarmed and did not represent a threat to anyone; his one aim had been to leave the GDR,

as it was almost impossible at that time for ordinary citizens, apart from pensioners and a few privileged persons, to leave the GDR legally (see the statutory provisions on the issue of passports and visas in the GDR ...). His attempt to cross the border, although prohibited by GDR law, could not therefore be classified as a serious crime since it did not fall into the category of serious offences as defined in Article 213 § 3 of the StGB-DDR.

59. In the light of the above-mentioned principles, enshrined in the Constitution and the other legal provisions of the GDR, the Court therefore considers that the applicant's conviction by the German courts, which had interpreted the above provisions and applied them to the case in issue, does not appear at first sight to have been either arbitrary or contrary to Article 7 § 1 of the Convention.

...

*(iii) Grounds of justification derived from GDR State practice*

...

*(iv) Foreseeability of the conviction*

68. However, the applicant argued that as a GDR border guard he had been the last link in the chain of command and that he had always obeyed the orders he had been given. His conviction by the German courts, therefore, had not been foreseeable and it had been absolutely impossible for him to foresee that he would one day be called to account in a criminal court because of a change of circumstances.

69. That argument merits consideration.

70. In *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany* ([GC], nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98, § 78, ECHR 2001-II), the Court stressed the former leaders' obvious responsibility for the deliberate implementation and continuation of a State practice which they knew or should have known to be in flagrant breach of the principles of the GDR's own legislation and internationally protected human rights. However, that reasoning does not, as it stands, apply to the facts of the present case.

71. As a young soldier (aged 20 at the material time) stationed on the border between the two German States, the applicant had undergone the indoctrination of young [National People's Army] recruits, had to obey his superiors' orders to protect the border "at all costs", and ran the risk of becoming the subject of an investigation by the military prosecution service if a fugitive succeeded in crossing the border (see paragraph 17 above).

72. In the present case the question therefore arises to what extent the applicant, as a private soldier, knew or should have known that firing on persons who merely wanted to cross the border was an offence according to GDR law.

73. In that connection, the Court first observes that the written law was accessible to all. The provisions concerned were the Constitution and the Criminal Code of the GDR, not some obscure regulations. The axiom “ignorance of the law is no defence” applied to the applicant too.

74. Moreover, he had voluntarily enlisted for a three-year period in the [National People’s Army]. Every citizen of the GDR knew the State’s restrictive policy on the freedom of movement, the nature of the border-policing regime, the desire of the majority of its people to be allowed to go abroad, and the fact that a number of them, known as “fugitives from the Republic” (*Republikflüchtlinge*), attempted by all available means to do so. The applicant therefore knew or should have known that enlisting for a three-year period of military service amounted to giving his allegiance to the regime in power and entailed the possibility of being posted to the border, where he would run the risk of being obliged to fire on unarmed fugitives.

75. Furthermore, the Court takes the view that even a private soldier could not show total, blind obedience to orders which flagrantly infringed not only the GDR’s own legal principles but also internationally recognised human rights, in particular the right to life, which is the supreme value in the hierarchy of human rights.

76. Even though the applicant was in a particularly difficult situation on the spot, in view of the political context in the GDR at the material time, such orders could not justify firing on unarmed persons who were merely trying to leave the country.

77. Already at that time Article 95 of the 1968 version of the StGB-DDR provided: “Any person whose conduct violates human or fundamental rights ... may not plead statute law, an order or written instructions in justification; he shall be held criminally responsible” ...

78. Similarly, Article 258 § 1 of the StGB-DDR provided: “Members of the armed forces shall not be criminally responsible for acts committed in execution of an order issued by a superior save where execution of the order manifestly violates the recognised rules of public international law or the written criminal law” ...

79. In addition, the principles affirmed in Resolution 95 (I) of the United Nations General Assembly in 1946 (known as “the Nuremberg Principles”) include the following principle: “The fact that the Defendant acted pursuant to [an order] shall not free him from responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires.”

80. The Court notes that the German courts examined in detail the extenuating circumstances in the applicant’s favour before giving the following ruling: “The decisive factor is that the killing of an unarmed fugitive by sustained fire was, in the circumstances of the case, such a dreadful act, not justifiable by any defence whatsoever, that it must have been immediately apparent and obvious even to an indoctrinated person

that it breached the proportionality principle and the elementary prohibition on the taking of human life” (see paragraph 18 above).

81. Moreover, in passing sentence, the German courts duly took account of the differences in responsibility between the former leaders of the GDR and the applicant by sentencing the former to terms of imprisonment (see *Streletz, Kessler and Krenz*, cited above, § 53), whereas the applicant in the present case was given a suspended sentence subject to probation (see paragraphs 17 and 18 above).

...

**(c) The question of limitation**

107. The Court observes, firstly, that it has jurisdiction to review the circumstances complained of by an applicant in the light of the entirety of the Convention’s requirements. In the performance of that task it is, notably, free to attribute to the facts of the case, as found to be established on the evidence before it, a characterisation in law different from that given by the applicant or, if need be, to view the facts in a different manner; furthermore, it has to take account not only of the original application but also of the additional documents intended to complete the latter by eliminating initial omissions or obscurities (see, among other authorities, *Foti and Others v. Italy*, judgment of 10 December 1982, Series A no. 56, pp. 15-16, § 44).

108. The Court notes that in the present case, contrary to the position in *Foti*, cited above, the applicant did not raise the question of limitation either in his original application or in his additional written or oral submissions.

109. However, even if he had done so, the Court considers that it is not required to consider the question in the present case for the following reasons.

110. Admittedly, under Article 82 § 1 (4) of the 1968 version of the StGB-DDR, the limitation period for offences attracting a maximum sentence of ten years’ imprisonment, a category which included intentional homicide, was fifteen years (see paragraph 25 above). But Article 84 of the same Code provided: “Crimes against peace, humanity or human rights ... shall not be subject to the rules on limitation set out in this law” ... That provision, which excluded certain categories of crime, including human rights violations, from those subject to limitation, was already in force at the time of the act in issue. Similarly, the right to life was also, at that time, already one of the human rights whose violation was excluded from the rules on limitation by Article 84 of the StGB-DDR, even though it was not recognised by the GDR in a treaty until 1974. The Court has found in the present case that the applicant committed a violation of human rights ... Accordingly, even if he had pleaded limitation, his argument could not have been accepted.

111. Moreover, on 26 March 1993 the FRG enacted a statute of which the first section provided for the suspension of limitation in respect of “acts committed under the unjust regime of the Socialist Unity Party”; the result of that suspension was to make limitation periods begin to run, not at the time when the offence was committed, but on 3 October 1990, when the GDR ceased to exist. Similar legislation was enacted in Poland in respect of “communist crimes”, particularly those which involved human rights violations between 1939 and 1989. However, given that it can be deduced from the law of the GDR itself that the offence for which the applicant was prosecuted was not subject to limitation (see paragraph 110 above), the Court is not required to consider the scope of the FRG’s Limitation Act of 26 March 1993.

112. The Court, accordingly, considers that, even if the applicant had pleaded limitation, his argument could not have been accepted on account of the rule laid down in Article 84 of the StGB-DDR, whatever the scope of the Limitation Act adopted by the FRG on 26 March 1993 might be.

**(d) Conclusion**

113. Accordingly, the applicant’s conviction by the German courts after the reunification did not breach Article 7 § 1.

114. In the light of that finding, the Court is not required to consider whether his conviction was justified under Article 7 § 2 of the Convention.

**II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 1 OF THE CONVENTION**

...

**FOR THESE REASONS, THE COURT**

1. *Holds* by fourteen votes to three that there has been no violation of Article 7 § 1 of the Convention;
2. *Holds* unanimously that there has been no discrimination contrary to Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 7.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 22 March 2001.

Luzius WILDHABER  
President

Michele DE SALVIA  
Registrar

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

- (a) concurring opinion of Mr Loucaides;
- (b) concurring opinion of Sir Nicolas Bratza joined by Mrs Vajić;
- (c) partly dissenting opinion of Mr Cabral Barreto;
- (d) partly dissenting opinion of Mr Pellonpää joined by Mr Zupančič.

L.W.  
M. de S.



## CONCURRING OPINION OF JUDGE LOUCAIDES

I agree with the conclusions set out in the judgment but at the same time I refer to my separate opinion in *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany* ([GC], nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98, ECHR 2001-II), where I found that the conduct for which the applicants were convicted amounted to crimes against humanity under customary international law. I believe that the same applies in the present case.

There are two basic factual differences between the present case and the above-mentioned case.

(a) Unlike the applicants in the other case, the applicant in the present case was not involved in the organisation of the GDR's border-control system, his role being confined to duties as a border guard during the course of which he killed a young man who was trying to escape from East Berlin by swimming.

(b) The killing in question took place in February 1972.

I do not think that these differences between the two cases justify an approach different from the one I adopted in *Streletz, Kessler and Krenz*, cited above.

As I explained in my separate opinion in the latter case, a crime against humanity is established in cases of murder committed against a civilian population as part of systematic or organised conduct in furtherance of a certain policy. This cannot, in my opinion, be interpreted as meaning that, in order for a person to be held responsible for that crime, he must have committed many murders against a number of persons belonging to the civilian population or that he must himself initiate or be directly responsible for the systematic or organised conduct which led to the commission of murder.

I believe that the reasonable interpretation of the notion of a crime against humanity, as established through customary international law, is that the crime may be committed by any individual act of murder against any member of the civilian population so long as that act is part of an organised pattern of behaviour aimed at the indiscriminate killing of members of the civilian population in furtherance of a certain policy. In fact, a crime against humanity can only reasonably be held to have been committed where there is a series of individual killings by persons who carry out the relevant inhuman policy on a systematic basis. Therefore, any person who knowingly kills a member of the civilian population as part of a general plan should be considered responsible for the crime in question. An interpretation contrary to the above would lead to the absurd result that only the organisers of mass murders may be held responsible for crimes against humanity, but not the individuals who by a single murder knowingly execute the relevant plan.

My interpretation is supported by a similar approach in the recent International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) case of Tadić<sup>1</sup>, where the ICTY held:

“Clearly a single act by a perpetrator taken within the context of a widespread systematic attack against a civilian population entails individual criminal responsibility and an individual perpetrator need not commit numerous offences to be held liable ... Even an isolated act can constitute a crime against humanity if it is the product of a political system based on terror or persecution.”

Further support for the same approach is derived from the following statement of the ICTY in the Vukovar Hospital Rule 61 Decision, cited by the Appeals Chamber in the Tadić case<sup>2</sup>:

“... as long as there is a link with the widespread or systematic attack against a civilian population, a single act could qualify as a crime against humanity. As such, an individual committing a crime against a single victim or a limited number of victims might be recognised as guilty of a crime against humanity if his acts were part of the specific context identified above.”

Therefore, I believe that, by associating himself as a border guard with the execution of the relevant murderous plan against civilians who attempted to escape from the GDR and by intentionally killing a fugitive, the applicant in this case became responsible for the commission of a crime against humanity.

On the other hand, the fact that the applicant’s relevant conduct took place in 1972, that is, about a year before the adoption of the United Nations Resolution 3074 (XXVIII), which, as I stated in my above-mentioned separate opinion, rendered indisputable the position that the Nuremberg Principles were customary international law, cannot reasonably result in the conduct in question not being considered a crime against humanity. This is because the establishment of such a crime in customary international law, even as early as 1972, could not be seriously questioned taking into account the fact that the resolution in question was part of a sequence of resolutions on the same subject matter from 1969 to 1972, and it is reasonable to assume that it was based on and expressed a view which prevailed at least over the years immediately preceding its adoption.

In the light of the above, I find that the act for which the applicant in this case was convicted was also a crime against humanity under the principles of customary international law.

---

1. IT-94-1, § 648.

1. Paragraph 248, footnote 311.

## CONCURRING OPINION OF JUDGE Sir Nicolas BRATZA JOINED BY JUDGE VAJIĆ

I have with some hesitation voted with the majority of the Court in favour of a finding that the applicant's rights under Article 7 of the Convention were not violated in the present case.

I see considerable force in the view of Judge Pellonpää that, to a soldier in the situation of the present applicant, operating as he was under the legal system and culture which then prevailed in the GDR and indoctrinated in the importance of preserving the integrity of the border at all costs, it would not have been reasonably foreseeable that to shoot at a person intent on escape, after shouting a warning and firing warning shots, would amount to the commission of a criminal offence.

I note that the Federal Constitutional Court itself appeared to share these misgivings. Having observed that the GDR leadership had, with the authority of the State, broadened the defence that was intended to cover the border soldiers, the court went on as follows:

"That being so, it is not self-evident that the dividing line between criminal and non-criminal conduct would be crystal clear to the average soldier, and it would be inconsistent with the principle of guilt to hold that the breach of criminal law was obvious to the soldiers on the sole basis that there had – objectively – been a serious breach of human rights; it must therefore be shown in greater detail why the individual soldier, in view of his education, indoctrination and other circumstances, was in a position to recognise that his action undoubtedly contravened the criminal law."

The Constitutional Court noted that the criminal courts had not discussed the facts in detail from the above point of view. But, in an important passage, the court continued:

"They did, however, show that the killing of an unarmed fugitive by sustained fire [*Dauerfeuer*] was, in the circumstances they had found, such a dreadful and wholly unjustifiable act that it must have been immediately apparent and obvious even to an indoctrinated person that it breached the principle of proportionality and the elementary prohibition on the taking of human life. The other explanations given by those courts likewise show sufficiently clearly, in the light of all the reasons stated in the judgments and the reference to statements made in the earlier decisions of 3 November 1992 ... and 25 March 1993 ... concerning cases of the same type, that the principle of guilt has been respected."

It seems to me that similar considerations should guide the Court's approach to the issues under Article 7 of the Convention and, more particularly, to the question whether the applicant could reasonably have foreseen that his actions amounted to a breach of the criminal law. I readily accept that the situation for a soldier such as the applicant, who had undergone the indoctrination of young National People's Army recruits and who ran the risk of military prosecution if a fugitive

succeeded in crossing the border, was one of acute difficulty. I accept, too, that the situation in the GDR was such that the applicant could hardly have foreseen at the time that his actions would result in his prosecution for the offence of intentional homicide. But this is a very different question from the one facing the Court, namely whether the applicant could reasonably have foreseen that his actions amounted to such an offence. While this question may be open to differing opinions, I can find no reason to depart from the considered opinion of the national courts that opening fire on a defenceless person, who was attempting to swim away from East Berlin and who posed no threat to life or limb, so clearly breached any principle of proportionality that it was foreseeable that it violated the legal prohibition on killing.

PARTLY DISSENTING OPINION  
OF JUDGE CABRAL BARRETO

(Translation)

To my keen regret, and for the reasons set out below, I cannot concur with the majority in this case.

1. The transition from a “State of non-law” to a State based on the rule of law always raises the thorny question of the crimes committed under the previous regime which have gone unpunished.

Europe’s recent history provides examples of three different attitudes on this question, namely:

(a) total forgiveness, a kind of amnesty intended to permit national reconciliation;

(b) punishment of offences committed by a certain category of persons;

(c) punishment of certain offences.

Moreover, as the Court pointed out in its judgment ..., the prosecution of persons who have committed such crimes is in itself legitimate.

It is not open to criticism provided that, in the procedure itself and in the punishment of the perpetrators, the principles enshrined in the Convention are applied.

Since such prosecution involves punishment for acts committed under a previous regime, the principles of legality and non-retroactive application of the law are necessarily stretched.

That is why some States, either because they are not entirely sure whether prosecution for such crimes under their criminal law would be compatible with the Convention or because they seek to protect themselves against future development of the case-law, deposit reservations when they ratify the Convention (see Portugal’s reservation in respect of Article 7 of the Convention).

2. It is settled case-law that Article 7 of the Convention requires the offence to be clearly defined by law, and that this implies that the law must be clear, foreseeable as to its effects, and accessible.

The requirement of clearly defined law is satisfied where it is possible to say, on the basis of the relevant legal provision, what acts or omissions will entail criminal responsibility, even if this has to be determined by the courts interpreting the provision concerned.

Foreseeability depends to a considerable degree on the content of the instrument in issue, the field it is designed to cover, and the number and status of those to whom it is addressed (see *Groppera Radio AG and Others v. Switzerland*, judgment of 28 March 1990, Series A no. 173, p. 26, § 68). A law may still satisfy the requirement of foreseeability even if the person

concerned has to take appropriate legal advice to assess, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail (see *Cantoni v. France*, judgment of 15 November 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V, p. 1629, § 35).

Accessibility presupposes that information concerning the legal rule making the acts in question punishable must be available to the person concerned.

3. It is difficult for me to concur in the majority's conclusion that all these requirements were satisfied in the instant case.

I can accept that the relevant statutes were accessible inasmuch as interested parties could obtain them and inform themselves of their content.

However, I have doubts about their clarity and foreseeability.

Admittedly, the taking of human life was punishable under the GDR's Criminal Code.

But the GDR's legal system also required border guards to open fire on persons trying to cross the border, after complying with certain rules relating to warning shots.

Faced with the conflict between the prohibition on killing and the obligation to obey the competent authorities, which had given orders to open fire in order to prevent escapes, I have no hesitation in concluding that, in the context at the material time, firing at a person crossing the border after complying with the rules on warnings could not, in the applicant's mind, have amounted to intentional homicide within the meaning of his country's Criminal Code.

It should not be forgotten that at the time there was no relevant case-law to which the applicant could have turned for guidance, and if he had consulted a lawyer it is not difficult to guess what the latter's answer would have been.

Regard being had to the statutes in force at the time of the acts for which the applicant stood trial and the way in which those statutes were interpreted, it cannot now be said that the applicant should have realised, at the time of the offence, that by firing at the fugitive he would be committing intentional homicide.

On the contrary, what he could foresee was that, after the warning shots, if he did not fire at the person to prevent his escape, his conduct would make him liable to a disciplinary inquiry and could, therefore, be censured.

In my opinion, to take the view that the applicant, who was at the time a young soldier of 20, should have foreseen that his conduct could be held to constitute intentional homicide in the circumstances of the present case is to go beyond the conditions which, according to settled case-law, govern the interpretation of Article 7 of the Convention; the foreseeability

required of the law in issue must be assessed by the yardstick of a normal person at the same time and in the same place as the applicant.

In spite of the loss of human life, which is always to be deplored, I fail to see how, from the strictly legal point of view, one can reach the conclusion that the GDR's legal system, as it existed and was interpreted at the material time, required the applicant to forget the justification of his action, observing only the rule that the taking of human life constituted intentional homicide.

I can readily accept that the applicant acted in the firm belief that his conduct was lawful and that he did not for a moment think that what he did amounted to intentional homicide within the meaning of the 1968 version of the GDR's Criminal Code. I further consider that, at that time in the GDR, any normal person placed in an identical situation would have acted in the same way.

I can, therefore, only find that the requirements of foreseeability and accessibility were not satisfied and that there has, accordingly, been a violation of Article 7 § 1 of the Convention on account of the applicant's conviction by the German courts for intentional homicide.

4. As regards the question whether the applicant's action could be considered "criminal according to the general principles of law recognised by civilised nations" (Article 7 § 2), I endorse Mr Pellonpää's dissenting opinion.

I must emphasise once again that what matters is whether the act could be considered criminal "at the time when it was committed".

Despite the development of this concept which had already taken place since the adoption of the Nuremberg Principles, I consider that in 1972 the applicant's individual action could not yet be considered "criminal according to the general principles of law recognised by civilised nations" (see my remarks on "crimes against human rights" below).

5. Moreover, I consider that the majority should have reached a different conclusion with regard to the question of limitation (see paragraphs 108-11 of the judgment).

5.1. Under Article 82 § 1 (4) of the 1968 version of the GDR's Criminal Code, the limitation period for intentional homicide was fifteen years.

As the offence for which the applicant stood trial was committed in February 1972, prosecution became statute-barred in 1987.

It is true that Article 84 of the Code provided: "Crimes against peace, humanity or human rights, and war crimes shall not be subject to the rules on limitation ..." That is what led the majority to conclude that once it had been established that the offence for which the applicant stood trial constituted a crime against human rights, the GDR's Criminal Code permitted no limitation on prosecution.

But it should not be forgotten that what is important is the question whether, at the time when it was committed, the offence was, according to the GDR's Criminal Code, a crime against "human rights".

In that connection, although the gradual development of the concept of "crimes against human rights" since 1972 cannot be denied, even in a country like the GDR, I still find it inconceivable that a plausible interpretation of that concept as it stood at the time of the offence could include the applicant's action.

I also find it difficult to accept that the interpretation of the concept had developed sufficiently for it to be possible to conclude, notably with the assistance of judicial interpretation, that at least by the month of February 1987, when the limitation period expired, the applicant's action constituted a "crime against human rights".

According to the dominant ideology at the time in the GDR, and to the world view and outlook on life which prevailed there, the applicant's action, though regrettable, as I must reiterate, was regarded not as a crime but as a praiseworthy deed.

Moreover, in interpreting the provisions of the 1968 Criminal Code, it is not appropriate to substitute for the ideas which prevailed at the time those which are current today. The only factors to be taken into consideration are the objective definition of what was illegal in that historical context and the applicant's subjective assessment of the situation in which he acted.

5.2. The majority also mentioned the FRG's Act of 26 March 1993 on the suspension of limitation in respect of "acts committed under the unjust regime of the Socialist Unity Party", under which limitation periods begin to run not from the time when the offence was committed but from 3 October 1990, the date when the GDR ceased to exist.

There has always been disagreement among academic writers about the legal nature of limitation, but it seems more appropriate to accept that with regard to criminal prosecution limitation is mixed in nature, being both procedural and substantive at the same time.

That means that the principle of not applying the law retrospectively to the detriment of the accused covers limitation once the period initially laid down has expired.

The Court has not yet had the opportunity to determine that issue.

However, in *Coëme and Others v. Belgium*, (nos. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 and 33210/96, ECHR 2000-VII), it held:

"146. Limitation may be defined as the statutory right of an offender not to be prosecuted or tried after the lapse of a certain period of time since the offence was committed. Limitation periods, which are a common feature of the domestic legal systems of the Contracting States, serve several purposes, which include ensuring legal certainty and finality and preventing infringements of the rights of defendants, which might be impaired if courts were required to decide on the basis of evidence which might



have become incomplete because of the passage of time (see the *Stubbings and Others v. the United Kingdom* judgment of 22 October 1996, *Reports* 1996-IV, pp. 1502-03, § 51).

...

149. ...

The question whether Article 7 would be breached if a legal provision were to restore the possibility of punishing offenders for acts which were no longer punishable because they had already become subject to limitation is not pertinent to the present case and the Court is accordingly not required to examine it, even though, as Mr Hermanus maintained, the Court of Cassation, in the proceedings against him, held that time had been caused to run again by a measure which did not have that effect on the date when it was taken.

150. The Court notes that the applicants, who could not have been unaware that the conduct they were accused of might make them liable to prosecution, were convicted of offences in respect of which prosecution never became subject to limitation. The acts concerned constituted criminal offences at the time when they were committed and the penalties imposed were not heavier than those applicable at the material time. Nor did the applicants suffer, on account of the Law of 24 December 1993, greater detriment than they would have faced at the time when the offences were committed (see, *mutatis mutandis*, the *Welch v. the United Kingdom* judgment of 9 February 1995, Series A no. 307-A), p. 14, § 34.)”

Reading between the lines of that judgment, it would seem that Article 7 of the Convention is breached where a law lengthens a limitation period after it has expired.

Any other principle would run counter to the principle of legal certainty.

The Act of 26 March 1993 should therefore be interpreted with the following restriction: suspension of the running of time should be limited to limitation periods still running and does not apply where the limitation period expired before the Act's entry into force.

6. In conclusion, I consider that in the present case there has been a violation of Article 7 of the Convention on account of the applicant's conviction for his actions in February 1972.

Lastly, I remain convinced that the applicant, who was then a young man without maturity or independence, and who had been indoctrinated in accordance with the dominant ideology, was rather the victim of a regime and a system which the Court, with my full support, has just censured today in *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany* ([GC], nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98, ECHR 2001-II).

PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGE PELLONPÄÄ  
JOINED BY JUDGE ZUPANČIČ

I voted against the majority's conclusion that there had been no violation in the present case but in favour of that conclusion in the case of *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany* ([GC], nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98, ECHR 2001-II) that was also decided today. It is a somewhat curious consequence of the complexities of recent German history that the very same reasons which speak in favour of not finding a violation in the case of the three political leaders in part support the opposite conclusion in *K.-H.W.* While the applicants Streletz, Kessler and Krenz are among those responsible for the GDR's inhuman border-control system and therefore cannot with "clean hands" justify their actions or omissions with reference to that system, the applicant K.-H.W. appears to some extent to have been a victim of the same system. The border regime that was "imposed" ... on the applicant with the threat of sanctions constituted an essential feature of the legal framework and social context within which he had to adjust his conduct at the time of his act. After reunification, however, he was in effect told that in order to have escaped conviction, he should, in 1972, have detached himself from that context and been guided by those elements of the GDR legal order which bore a resemblance to systems based on the rule of law.

Before going further, let me make it clear that I do not in any way underestimate the seriousness of the act committed by the applicant in 1972. To kill a helpless person is an abominable act, and had the applicant refused to commit it, he would deserve all admiration. However, the fact that he failed to live up to that standard is not conclusive when assessing his conviction from the point of view of Article 7 of the Convention.

To be compatible with Article 7, a criminal conviction must have a legal basis in the applicable law, which moreover must be sufficiently accessible and foreseeable. The German courts sentenced the applicant on the basis of the criminal law of the GDR, the FRG's law being applied only in so far as it was more lenient. The question, therefore, is whether the applicant's conduct at the time of the shooting incident constituted, under GDR law with the accessibility and foreseeability required by Article 7, a criminal offence. If the answer is no, the further question arises whether the act constituted an offence under international law (Article 7 § 1) or was "criminal according to the general principles of law recognised by civilised nations" (Article 7 § 2).

I am ready to accept that there was a sufficient legal basis in GDR law and that "the applicant's conviction by the German courts, which had

interpreted the above provisions [i.e. section 17(2) of the People's Police Act and the other relevant provisions] and applied them to the case in issue, does not appear at first sight to have been either arbitrary or contrary to Article 7 § 1 of the Convention" (see paragraph 59 of the judgment). I also agree that the fact that the German courts took different approaches to the interpretation of the grounds of defence pleaded by the applicant does not as such deprive the laws in question of their foreseeability or otherwise violate Article 7 ...

Even so, those differences on their own indicate that the interpretation of the grounds of defence afforded by section 17(2) of the People's Police Act was by no means straightforward. The difficulties were compounded by the fact that the applicant could not, of course, benefit from any settled case-law clarifying the contents of the provision. Moreover, the legal framework within which the applicant lived did not consist only in legislation emanating from Parliament. In order for the guarantee of Article 7 to be "real and effective" rather than "theoretical and illusory" (see, for example, *Airey v. Ireland*, judgment of 9 October 1979, Series A no. 32, p. 12 § 24), provisions such as the above-mentioned section 17(2) should not be looked upon in isolation from the context of the GDR's legal system as a whole.

According to Article 73 of the GDR's Constitution, the Council of State laid down the principles to be followed in matters of national defence and security and organised defence with the assistance of the National Defence Council ... As stated in the judgment, the orders on which, among others, the applicant acted "had incontestably been decided upon by the organs of government of the GDR mentioned in Article 73 of its Constitution" ... In other words, the applicant seems to have acted in accordance with orders emanating from *prima facie* "constitutionally competent" organs. I find it somewhat unreasonable to require that the applicant should have been able to decide a conflict between those orders and other provisions (such as section 17(2) of the People's Police Act), applying methods used in a State based on the rule of law. That such methods were not generally applied in the GDR is indicated, for example, by Article 89 § 3 of the 1968 Constitution, according to which the Council of State (and not, say, the Supreme Court) was to decide if doubt arose about the constitutionality of legal provisions emanating from the Council of Ministers or other State organs ("*Über Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit von Rechtsvorschriften des Ministerrates und anderer staatlicher Organe entscheidet der Staatsrat*").

It would be a futile effort (and one beyond my present role) to try to find the "correct" interpretation of the relevant GDR law. The above remarks were made in order to show that, in my view, when the applicant

and his co-accused, after shouting a warning, fired first warning shots and then the fatal shot<sup>1</sup>, the applicant could not reasonably foresee that he could be convicted of intentional homicide. The GDR law that was applied therefore did not fulfil the test of foreseeability required by Article 7 of the Convention. The question then arises whether his act was criminal under international law, within the meaning of either paragraph 1 or paragraph 2 of Article 7.

Before addressing that question, I should emphasise that, unlike the applicants in *Streletz, Kessler and Krenz*, cited above, the present applicant cannot be held responsible for the “contradiction between the principles laid down in the GDR’s Constitution and its legislation ... and the repressive practice” ... Nor am I fully convinced that persons in the applicant’s position were envisaged by the democratically elected parliament of the GDR, which in the summer of 1990 requested the legislature of the united Germany “to ensure that criminal prosecutions would be brought in respect of the injustices committed by the Socialist Unity Party” ... The fact that the applicant volunteered to serve in the army for three years does not show any particular allegiance to the inhuman border-control system. As can be seen from the judgments of the trial court and the Federal Court of Justice, he appears to have done this reluctantly and at the insistence of his father, a professional soldier. Thus his voluntary service is an indication rather of a lack of independence and maturity than of any particular commitment to the system. However that may be, his decision to do three years’ military service did not in my view increase the foreseeability required by Article 7 in any legally relevant manner.

There remains the question whether the applicant’s act was nevertheless “criminal according to the general principles of law recognised by civilised nations” for the purposes of paragraph 2 of Article 7, or constituted a crime under international law on other grounds (paragraph 1).

I accept that there are arguments for the proposition that a policy of closing a State’s borders constituted, even in the 1970s, a crime against humanity according to the Nuremberg Principles as they had developed over the years<sup>2</sup>. Such a policy could be regarded as a large-scale and

---

1. The Regional Court found that it could not be determined which of the two accused had fired the fatal shot. In addition, it appears from the domestic judgments that at the time of the shooting the guns of the applicant and his co-accused were switched to automatic fire (*auf Dauerfeuer eingestellt*) and that they pulled their triggers five times altogether, each time producing a burst of two shots. As mentioned in the judgment (paragraphs 17 and 18), the Regional Court and the Federal Court accepted the contention of the applicant and his co-accused that the first shots had been warning shots.

2. In this connection, reference may be made to the separate opinion of Judge Loucaides in *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany*, cited above.

systematic violation of human rights within the meaning of the Nuremberg Principles. Thus it would arguably have been possible to justify the conviction of those responsible for that policy also with reference to paragraph 2 of Article 7. Whether an individual act, such as the one in issue here, was able to trigger responsibility for a crime against humanity is, however, a different question. Regardless of what the answer to that question might be today, I can find no authority for the proposition that the act committed by the applicant in 1972 was at that time a crime against humanity within the meaning of the Nuremberg Principles. That being so, I also conclude that Resolution 95 (I) of the United Nations General Assembly (see paragraph 79 of the judgment), which applies to acts covered by those principles, has no direct bearing in the present case.

I am no more persuaded that the applicant's individual criminal responsibility under international law could be based on other sources, such as comparative considerations. Although the GDR border-control system was in many respects unique, the use of deadly force has been tolerated – to varying degrees – in democratic societies as well. Thus in a 1988 decision (*BGHSt* 35, p. 379) the German Federal Court of Justice acquitted a customs officer who had fired in a life-threatening manner at a person on a motorcycle trying to escape controls at the German-Dutch border, on the ground that he was objectively entitled to suspect that the persons fleeing were serious drug offenders, or had a comparable reason for fleeing. Although one should not draw a parallel between that case and the applicant's case, the Federal Court's decision of 1988 is nevertheless one indication that the right to life had not become of such overriding importance as to justify the conclusion that the present applicant's act was, in 1972, criminal "according to the general principles of law recognised by civilised nations". Nor do I find convincing arguments for the conclusion ... that the right to life as guaranteed in general human rights instruments created, as of 1972, individual criminal responsibility for the kind of act committed by the applicant.

I therefore conclude that there has been a violation of Article 7. I do not consider, however, that this violation is aggravated by discrimination contrary to Article 14. In view of the lenient sentence imposed on the applicant and the other circumstances, I would, moreover, without any doubt consider that the finding of this violation would in itself constitute sufficient just satisfaction for any non-pecuniary damage which the applicant might have sustained.