

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



REPORTS  
OF JUDGMENTS AND DECISIONS

RECUEIL  
DES ARRÊTS ET DÉCISIONS

2002-I

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 Bockhandel & Antiquariaat A. Jongbloed & Zoon  
Noordeinde 39  
NL-2514 GC La Haye/s-Gravenhage

2003 ISBN 3-452-25559-X  
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>Calvelli et Ciglio c. Italie</i> [GC], n° 32967/96, arrêt du 17 janvier 2002 .....	1
<i>Calvelli and Ciglio v. Italy</i> [GC], no. 32967/96, judgment of 17 January 2002 .....	25
<i>Čonka c. Belgique</i> , n° 51564/99, arrêt du 5 février 2002 .....	47
<i>Čonka v. Belgium</i> , no. 51564/99, judgment of 5 February 2002 ....	93
<i>Mikulić v. Croatia</i> , no. 53176/99, judgment of 7 February 2002 ...	141
<i>Mikulić c. Croatie</i> , n° 53176/99, arrêt du 7 février 2002 .....	161
<i>Kutzner c. Allemagne</i> , n° 46544/99, arrêt du 26 février 2002 .....	181
<i>Kutzner v. Germany</i> , no. 46544/99, judgment of 26 February 2002 ..	207
<i>Magalhães Pereira c. Portugal</i> , n° 44872/98, arrêt du 26 février 2002 ..	233
<i>Magalhães Pereira v. Portugal</i> , no. 44872/98, judgment of 26 February 2002 .....	251
<i>Unabhängige Initiative Informationsvielfalt v. Austria</i> , no. 28525/95, judgment of 26 February 2002 .....	271
<i>Unabhängige Initiative Informationsvielfalt c. Autriche</i> , n° 28525/95, arrêt du 26 février 2002 .....	287
<i>Fretté c. France</i> , n° 36515/97, arrêt du 26 février 2002 .....	303
<i>Fretté v. France</i> , no. 36515/97, judgment of 26 February 2002 .....	345
<i>Morris v. the United Kingdom</i> , no. 38784/97, judgment of 26 February 2002 .....	387
<i>Morris c. Royaume-Uni</i> , n° 38784/97, arrêt du 26 février 2002 .....	423
<i>Keslassy c. France</i> (déc.), n° 51578/99, 8 janvier 2002 .....	459
<i>Keslassy v. France</i> (dec.), no. 51578/99, 8 January 2002 .....	475
<i>UNISON v. the United Kingdom</i> (dec.), no. 53574/99, 10 January 2002 .....	491
<i>UNISON c. Royaume-Uni</i> (déc.), n° 53574/99, 10 janvier 2002 .....	509
<i>Hertel v. Switzerland</i> (dec.), no. 53440/99, 17 January 2002 .....	527
<i>Hertel c. Suisse</i> (déc.), n° 53440/99, 17 janvier 2002 .....	545



## Subject matter/Objet des affaires

### Article 2

Prosecution of doctor for involuntary manslaughter time-barred as a result of procedural delays

*Calvelli and Ciglio v. Italy* [GC], p. 25

Poursuites contre un médecin pour homicide par imprudence prescrites à la suite de retards procéduraux

*Calvelli et Ciglio c. Italie* [GC], p. 1

### Article 5

#### Article 5 § 1 (f)

Arrest of aliens with a view to their expulsion after requiring them to attend the police station to complete their applications for asylum

*Čonka v. Belgium*, p. 93

Arrestation d'étrangers en vue de leur expulsion alors qu'ils avaient été convoqués pour compléter leur demande d'asile

*Čonka c. Belgique*, p. 47

#### Article 5 § 4

Lack of periodic review of lawfulness of continued psychiatric detention and non-examination of detainee's applications for release

*Magalhães Pereira v. Portugal*, p. 251

Absence de contrôle périodique de la légalité du maintien de l'internement psychiatrique et non-examen des demandes de mise en liberté d'un interné

*Magalhães Pereira c. Portugal*, p. 233

Lack of effective legal assistance in proceedings for review of need for continued psychiatric detention

*Magalhães Pereira v. Portugal*, p. 251

Défaut d'assistance juridique effective dans le cadre de la procédure de contrôle de la nécessité de prolonger l'internement psychiatrique

*Magalhães Pereira c. Portugal*, p. 233

## Article 6

### Article 6 § 1

Unrepresented appellant not notified of a hearing before the *Conseil d'Etat* and unable to acquaint himself with Government Commissioner's submissions

*Fretté v. France*, p. 345

Absence de convocation à l'audience du Conseil d'Etat d'un demandeur non représenté n'ayant pu prendre connaissance des conclusions de la commissaire du Gouvernement

*Fretté c. France*, p. 303

Independence and impartiality of court martial

*Morris v. the United Kingdom*, p. 387

Indépendance et impartialité d'une cour martiale

*Morris c. Royaume-Uni*, p. 423

## Article 8

Search of residential premises during an investigation into an alleged tax fraud by companies

*Keslassy v. France* (dec.), p. 475

Visite domiciliaire opérée dans le cadre d'une enquête fiscale visant des sociétés

*Keslassy c. France* (déc.), p. 459

Adequacy of measures taken by courts to establish paternity

*Mikulić v. Croatia*, p. 141

Caractère suffisant ou non des mesures prises par les tribunaux pour établir la paternité

*Mikulić c. Croatie*, p. 161

Withdrawal of parental responsibility on the ground that the parents did not have the intellectual capacity to bring up their children properly

*Kutzner v. Germany*, p. 207

Retrait de l'autorité parentale au motif que les parents n'auraient pas la capacité intellectuelle d'élever leurs enfants convenablement

*Kutzner c. Allemagne*, p. 181

Unmarried homosexual refused authorisation to adopt on account of his "choice of lifestyle"

*Fretté v. France*, p. 345

Agrément en vue d'une adoption refusé à un célibataire homosexuel en raison de ses « choix de vie »

*Fretté c. France*, p. 303

**Article 10**

Injunction on repeating statements alleging racist agitation by politician

*Unabhängige Initiative Informationsvielfalt v. Austria*, p. 271

Injonction interdisant de réitérer des déclarations accusant un homme politique de « provocation raciste »

*Unabhängige Initiative Informationsvielfalt c. Autriche*, p. 287

Prohibition on making public statements on dangers to health of microwave ovens, without referring to differences of opinion

*Hertel v. Switzerland* (dec.), p. 527

Interdiction de formuler des déclarations publiques sur les dangers des fours à micro-ondes sans mentionner les divergences d'opinions en la matière

*Hertel c. Suisse* (déc.), p. 545

**Article 11**

Prohibition of strike organised by trade union

*UNISON v. the United Kingdom* (dec.), p. 491

Interdiction d'une grève organisée par un syndicat

*UNISON c. Royaume-Uni* (déc.), p. 509

**Article 4 of Protocol No. 4/Article 4 du Protocole n° 4**

Collective expulsion

*Čonka v. Belgium*, p. 93

Expulsion collective

*Čonka c. Belgique*, p. 47



CALVELLI ET CIGLIO c. ITALIE  
*(Requête n° 32967/96)*

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 17 JANVIER 2002





SOMMAIRE<sup>1</sup>**Poursuites contre un médecin pour homicide par imprudence prescrites à la suite de retards procéduraux****Article 2**

*Vie – Poursuites contre un médecin pour homicide par imprudence prescrites à la suite de retards procéduraux – Obligations positives – Obligation pour l'Etat de veiller à ce que les hôpitaux adoptent des mesures propres à protéger la vie des patients – Système judiciaire efficace et indépendant – Recours appropriés en ce qui concerne une atteinte involontaire au droit à la vie – Retards procéduraux – Règlement extrajudiciaire de griefs civils*

\*  
\* \*

En 1987, le bébé des requérants décéda deux jours après sa naissance. Les requérants portèrent plainte contre le médecin accoucheur. En 1989, ils furent informés qu'un avis de poursuites avait été communiqué à ce dernier. Les requérants se constituèrent partie civile. En 1991, le médecin fut renvoyé en jugement pour homicide par imprudence. Il fut jugé coupable de ce délit par contumace en décembre 1993. Il forma un appel qui fut déclaré irrecevable mais, en décembre 1994, la Cour de cassation cassa la décision litigieuse et renvoya l'affaire devant la cour d'appel. En juillet 1995, la cour d'appel constata la prescription du délit. Entre-temps, les requérants avaient engagé une procédure civile contre le médecin puis conclu un règlement avec les assureurs de celui-ci aux termes duquel ils devaient percevoir une certaine somme à titre de réparation.

1. La Cour joint au fond l'exception préliminaire du Gouvernement.
2. Article 2: les obligations positives qui incombent aux Etats impliquent qu'ils mettent en place un cadre réglementaire imposant aux hôpitaux tant publics que privés d'adopter des mesures propres à assurer la protection de la vie de leurs malades. Elles impliquent également qu'ils instaurent un système judiciaire efficace et indépendant permettant d'établir la cause du décès d'un individu et d'obliger les responsables à répondre de leurs actes. L'article 2 est donc applicable. Même si la Convention ne garantit pas le droit à l'ouverture de poursuites pénales contre des tiers, le système judiciaire efficace exigé par l'article 2 peut, et dans certaines circonstances doit, comporter un mécanisme de répression pénale. Par conséquent, l'exception préliminaire du Gouvernement relative à l'absence de qualité de victime des requérants doit être écartée. Toutefois, si l'atteinte au droit à la vie n'est pas volontaire, l'obligation de mettre en place un système judiciaire efficace n'exige pas nécessairement dans tous les cas un recours de nature pénale. Dans le contexte spécifique des négligences médicales, pareille obligation peut être remplie si les victimes disposent d'un

---

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

recours devant les juridictions civiles aux fins d'établir les responsabilités et d'obtenir la réparation appropriée. Le système juridique italien prévoit, d'une part, une action de nature pénale obligatoire et, d'autre part, la possibilité pour la partie lésée d'entamer une action civile. Il existe aussi la possibilité d'une action disciplinaire si la responsabilité civile du médecin est établie. Par conséquent, le système italien offre aux justiciables des moyens qui, sur le plan théorique, répondent aux exigences de l'article 2. Toutefois, il faut aussi que les mécanismes de protection fonctionnent effectivement en pratique dans des délais permettant de conclure l'examen au fond des affaires concrètes qui leur sont soumises.

En l'espèce, les poursuites pénales se sont soldées par une prescription causée par des défaillances procédurales ayant entraîné des retards. Cependant, les requérants disposaient aussi de la possibilité de saisir un tribunal civil, ce qu'ils ont fait. Le médecin n'a jamais été reconnu responsable par un tribunal civil, mais cela est dû au fait que les requérants ont entre-temps conclu une transaction avec les assureurs. Les intéressés ont par là délibérément renoncé à poursuivre la procédure, qui aurait pu conduire en particulier à la condamnation du médecin au versement de dommages-intérêts. Dès lors, ils se sont fermés l'accès à la voie privilégiée pour faire la lumière sur la portée de la responsabilité du médecin quant au décès de leur nouveau-né, voie qui était de nature, dans le contexte spécifique de l'affaire, à satisfaire aux obligations positives découlant de l'article 2. Cette conclusion dispense d'examiner la question de la compatibilité avec l'article 2 de la prescription de l'action publique dans le cadre de la procédure pénale.

*Conclusion* : non-violation (quatorze voix contre trois).

3. Article 6 § 1 (durée de la procédure) : même si la procédure pénale ne portait que sur le bien-fondé de l'accusation pénale dirigée contre le médecin, elle était susceptible d'avoir des répercussions sur les revendications de nature civile avancées par les requérants dans le cadre de leur constitution de partie civile. Il est décisif pour l'applicabilité de l'article 6 § 1 à la procédure pénale que, à partir de la constitution de partie civile jusqu'à la conclusion de cette procédure, le volet civil soit resté étroitement lié au déroulement de la procédure pénale. La procédure a duré plus de six ans et trois mois. Toutefois, elle revêtait une complexité indéniable et, en dépit de retards regrettables, une telle durée pour quatre degrés de juridiction ne saurait être considérée comme déraisonnable.

*Conclusion* : non-violation (seize voix contre une).

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

*Iztilan c. Turquie*, n° 20948/92, décision de la Commission du 22 mai 1995, Décisions et rapports 81-A

*McCann et autres c. Royaume-Uni*, arrêt du 27 septembre 1995, série A n° 324

*Torri c. Italie*, arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-IV

*L.C.B. c. Royaume-Uni*, arrêt du 9 juin 1998, *Recueil* 1998-III

*Erikson c. Italie* (déc.), n° 37900/97, 26 octobre 1999

*Kılıç c. Turquie*, n° 22492/93, CEDH 2000-III

*Mahmut Kaya c. Turquie*, n° 22535/93, CEDH 2000-III

*Powell c. Royaume-Uni* (déc.), n° 45305/99, CEDH 2000-V

**En l'affaire Calvelli et Ciglio c. Italie,**

La Cour européenne des Droits de l'Homme, siégeant en une Grande Chambre composée des juges dont le nom suit :

MM. L. WILDHABER, *président*,

C.L. ROZAKIS,

J.-P. COSTA,

G. RESS,

B. CONFORTI,

G. BONELLO,

M<sup>me</sup> E. PALM,

M. R. TÜRMEŒ,

M<sup>me</sup> V. STRAŒNICKÁ,

MM. P. LORENZEN,

W. FUHRMANN,

M. FISCHBACH,

V. BUTKEVYCH,

B. ZUPANČIĆ,

M<sup>me</sup> N. VAJIĆ,

MM. J. HEDIGAN,

E. LEVITS,

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

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 26 septembre 2001 et 28 novembre 2001,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 32967/96) dirigée contre la République italienne et dont deux ressortissants de cet Etat, M. Pietro Calvelli et M<sup>me</sup> Sonia Ciglio (« les requérants »), avaient saisi la Commission européenne des Droits de l'Homme (« la Commission ») le 29 décembre 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 ont été représentés devant la Cour successivement par M<sup>c</sup> Q. Lorelli et M<sup>c</sup> F. Perna, avocats à Cosenza. Le gouvernement italien (« le Gouvernement ») est représenté par son agent, M. U. Leanza, chef du contentieux diplomatique au ministère des Affaires étrangères, assisté de M. V. Esposito, coagent. D'abord désignés devant la Commission par les initiales P.C. et S.C., les requérants ont consenti ultérieurement à la divulgation de leur identité.

3. Les requérants alléguaient la violation des articles 2 et 6 § 1 de la Convention à raison de la durée de la procédure ayant entraîné la

prescription du délit dont a été accusé le médecin accoucheur ayant mis au monde leur nouveau-né, à la suite du décès de ce dernier.

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 deuxième 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 6 avril 2000, la chambre a déclaré la requête recevable<sup>1</sup>. Ensuite, le 10 juillet 2001, elle 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).

7. La composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément aux articles 27 §§ 2 et 3 de la Convention et 24 du règlement.

8. Tant les requérants que le Gouvernement ont déposé des observations écrites sur le fond de l'affaire (article 59 § 1 du règlement). Par ailleurs, après avoir consulté les parties, la Grande Chambre a décidé qu'il n'était pas nécessaire de tenir une audience (article 59 § 2 du règlement).

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

#### A. Déroulement de l'enquête et de la procédure pénale

9. Immédiatement après sa naissance à la clinique privée La Madonnina, située à Cosenza, le nouveau-né des requérants fut admis en réanimation à l'hôpital civil de cette même ville, à la suite d'un grave syndrome respiratoire et neurologique postasphyxie causé par la position dans laquelle il était resté coincé pendant l'accouchement. L'enfant décéda le 9 février 1987, deux jours après sa naissance.

10. Le 10 février 1987, les requérants portèrent plainte. L'enquête du parquet près le tribunal de Cosenza débuta le même jour.

11. Le 12 février 1987, la requérante fut interrogée en qualité de témoin. A cette même époque fut nommée une équipe de trois experts.

12. Aucun développement de la procédure n'étant intervenu par la suite, les requérants sollicitèrent à plusieurs reprises l'accélération de l'enquête, plus particulièrement les 16 octobre 1987, 12 avril et 30 juin

---

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

1988. Le parquet lui-même requit le 16 novembre 1988 le dépôt de l'expertise.

13. Le 19 juin 1989, les requérants furent informés que, à la demande du parquet, le juge d'instruction avait communiqué un avis de poursuites à E.C., le médecin accoucheur, également copropriétaire de la clinique.

14. L'interrogatoire de certains témoins, prévu pour le 18 juillet 1989, n'eut pas lieu au motif que le juge chargé de l'affaire était en congé.

15. Entre-temps, le 7 juillet 1989, les requérants s'étaient constitués partie civile.

16. Le 19 janvier 1990, le ministère public demanda le classement sans suite de l'affaire. Cette demande fut rejetée le 24 mai suivant.

17. Le 3 octobre 1990, le juge des investigations préliminaires ordonna au ministère public un supplément d'enquête. En conséquence, le 29 novembre 1990, le substitut du procureur de la République ordonna une expertise, dont les résultats furent déposés le 5 janvier 1991.

18. Le 12 juin 1991, E.C. fut renvoyé en jugement devant le tribunal pénal de Cosenza pour homicide par imprudence. A cette même date, les requérants renouvelèrent leur constitution de partie civile.

19. La première audience fut fixée au 2 juillet 1992, mais elle dut être reportée en raison d'une grève des avocats. L'audience suivante du 15 octobre 1992 fut à son tour reportée à cause du retard dans la citation de l'inculpé à comparaître.

20. Une nouvelle audience fut fixée au 15 janvier 1993. A cette date, l'inculpé fut déclaré contumax. Les débats ne débutèrent cependant que le 19 mars 1993, car entre-temps l'inculpé avait changé de défenseur. L'audience du 29 avril 1993 fut reportée au 3 juin 1993 au motif que la composition du tribunal n'était pas la même que celle saisie de l'affaire. Les débats se poursuivirent ensuite aux audiences des 27 mai, 10 et 17 juin (cette dernière audience fut ajournée en raison de la nécessité de remplacer un des experts commis d'office). L'audience du 15 juillet 1993 fut reportée au 16 septembre 1993 au motif que la composition du tribunal était à nouveau différente de celle saisie de l'affaire. D'autres audiences eurent lieu les 14 et 26 octobre 1993. A cette dernière date, l'audience dut être renvoyée à cause de l'absence injustifiée des experts, lesquels furent d'ailleurs condamnés au paiement d'une amende et sommés de comparaître à l'audience suivante, fixé au 14 décembre (la déclaration de l'inculpé comme contumax fut par ailleurs révoquée). Une dernière audience eut lieu le 17 décembre 1993. L'inculpé, qui avait participé aux audiences des 26 octobre et 14 décembre 1993, n'assista pas à l'audience finale du 17 décembre 1993.

21. A cette dernière date, par un jugement déposé au greffe le 19 février 1994, le tribunal pénal de Cosenza déclara, par contumace, l'accusé coupable du délit d'homicide par imprudence et le condamna à un an d'emprisonnement, au paiement des frais de procédure au bénéfice

des parties civiles, ainsi qu'à un dédommagement devant être calculé ultérieurement.

22. Le tribunal établit avant tout que l'inculpé savait que l'accouchement de la requérante devait être considéré comme à haut risque, compte tenu de ce que celle-ci était atteinte d'un diabète de niveau A ainsi que de ses précédents accouchements, tout aussi difficiles en raison notamment de la grosseur du fœtus. Les risques d'un accouchement dans ces conditions, aisément prévisibles selon les experts nommés par le tribunal, imposaient des mesures préventives et la présence du médecin responsable. Or le tribunal établit que E.C., qui avait suivi la requérante pendant sa grossesse, n'avait aucunement envisagé des mesures préventives, tel un examen externe de la requérante permettant de relever le développement excessif du fœtus, et, surtout, qu'il s'était absenté lors de l'accouchement. A partir du moment où les complications survinrent, six à sept minutes s'écoulèrent avant que le personnel infirmier n'arrive à trouver E.C., qui était allé effectuer des visites dans une autre partie de la clinique. Le retard avec lequel E.C. put effectuer la manœuvre nécessaire pour extraire le fœtus réduisit de façon significative les chances de survie du nouveau-né.

23. Le tribunal ordonna néanmoins le sursis à l'exécution de la peine et la non-mention de celle-ci dans le casier judiciaire du requérant. En outre, le tribunal rejeta la demande de la partie civile, qui souhaitait se voir accorder une avance sur le dédommagement.

24. Le 17 mars 1994, E.C. interjeta appel devant la cour d'appel de Catanzaro.

25. Par un arrêt du 3 août 1994, rendu par contumace et dont le texte fut déposé au greffe le 17 août 1994, la cour déclara l'appel irrecevable. En constatant que l'inculpé avait été jugé par contumace en première instance, la cour d'appel estima que E.C. n'avait pas mandaté son avocat conformément aux règles applicables dans ce cas de figure. Elle condamna E.C. au remboursement des frais de procédure engagés par les parties civiles.

26. Le 7 octobre 1994, E.C. se pourvut en cassation. Par un arrêt du 22 décembre 1994, déposé au greffe le 23 janvier 1995, la Cour de cassation cassa la décision litigieuse et renvoya l'affaire devant la cour d'appel de Catanzaro. La Cour de cassation considéra que la cour d'appel avait erronément considéré E.C. comme contumax, alors que celui-ci était bien présent lors de l'ouverture des débats et devait dès lors être considéré comme ayant cessé de comparaître en cours de procédure et non pas comme inculpé par contumace.

27. Par un arrêt du 3 juillet 1995, dont le texte fut déposé au greffe le 10 juillet 1995, la cour d'appel de Catanzaro constata la prescription du délit.

28. En effet, le délit reproché à E.C. était déjà prescrit à la date du 9 août 1994, donc avant même l'arrêt de la Cour de cassation.

## **B. Déroulement de la procédure civile**

29. A la suite du jugement du tribunal pénal de Cosenza du 19 février 1994, qui avait condamné E.C. en première instance (paragraphe 21 et 22 ci-dessus), les requérants citèrent celui-ci devant le tribunal civil de la même ville.

30. Cependant, le 27 avril 1995, les requérants conclurent un règlement avec les assureurs du médecin et de la clinique aux termes duquel ils devaient percevoir 95 millions de liras pour tout dommage subi par eux, dont 15 millions destinés à réparer le préjudice spécifique subi par la requérante. A cette époque, la procédure pénale était pendante devant la cour d'appel de Catanzaro à la suite de l'arrêt de la Cour de cassation du 22 décembre 1994 (paragraphe 26 ci-dessus).

31. Par la suite, les parties ne s'étant pas présentées à l'audience du 16 novembre 1995, l'affaire fut rayée du rôle du tribunal civil. A cette date, la procédure pénale venait à peine de se conclure, l'arrêt de la cour d'appel prononçant la prescription de l'action publique ayant acquis le 17 octobre 1995 force de chose jugée.

## **II. LE DROIT INTERNE PERTINENT**

32. Aux termes de l'article 112 de la Constitution italienne,

«Le ministère public a l'obligation d'exercer l'action pénale.»

33. Selon l'article 589 du code pénal, l'homicide par imprudence est puni d'un emprisonnement de six mois à cinq ans.

34. Par ailleurs, aux termes de l'article 157 § 1, alinéa 4, du code pénal, le délai de prescription pour le délit d'homicide par imprudence est de cinq ans. Il peut être prorogé de moitié du fait des diverses interruptions de nature procédurale pouvant survenir au cours du procès, mais il ne peut en aucun cas dépasser sept ans et demi à compter de la date du fait délictueux.

35. Enfin, l'article 120 du code de procédure civile prévoit ce qui suit :

«Dans les cas où la publicité de la décision sur le fond peut contribuer à réparer le dommage le juge peut, sur demande de la partie intéressée, l'ordonner à charge et aux frais du perdant, par le biais de sa publication dans un ou plusieurs journaux choisis par le juge.

Si la publication n'intervient pas dans le délai fixé par le juge, la partie intéressée peut y procéder de sa propre initiative et garde le droit de recouvrer les frais auprès du perdant.»

### III. DISPOSITIONS PERTINENTES DE LA RÉOLUTION DU COMITÉ DES MINISTRES (75) 24 SUR LA RÉPRESSION DE L'HOMICIDE ET DES LÉSIONS PAR IMPRUDENCE COMMIS EN MATIÈRE DE CIRCULATION ROUTIÈRE

36. Par la résolution précitée, adoptée le 18 septembre 1975, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a recommandé aux gouvernements des Etats membres de s'inspirer, dans leurs législations et pratiques internes, des principes suivants :

« 1. Des poursuites pénales ne devraient pas être entamées et, le cas échéant, des peines ne devraient pas être prononcées du chef d'homicide ou de lésions involontaires à raison d'une faute légère de circulation, c'est-à-dire une faute de conduite n'impliquant pas chez son auteur la conscience du danger auquel il s'est exposé ou a exposé autrui ;

2. Il devrait en être de même, sous réserve du caractère inexcusable de la faute commise, à l'égard de l'auteur de l'homicide et des lésions involontaires, atteint en sa personne ou dans celle de ses proches d'une façon telle qu'une peine apparaîtrait inutile, voire inhumaine ;

3. L'application des recommandations ci-dessus ne devrait en aucune manière préjudicier au droit des victimes à réparation. »

## EN DROIT

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

37. Le Gouvernement soulève une exception d'irrecevabilité, faisant valoir l'absence de la qualité de « victime » dans le chef des requérants. En effet, selon lui, le grief des intéressés concerne essentiellement non pas le retard dans la décision sur le volet civil de l'affaire mais uniquement l'absence de punition du médecin responsable du décès de leur nouveau-né. Dès lors, la qualité de « victime » ferait défaut avant tout au regard de l'article 2, étant donné que la Convention ne reconnaît pas le droit à l'engagement de poursuites pénales à l'encontre des tiers. Elle ferait défaut également en ce qui concerne le grief tiré d'une violation de l'article 6, en ce que les requérants ne se plaignent pas de la durée du volet civil de la procédure, le seul au titre duquel ils pourraient invoquer cette disposition.

38. Pour autant que cette exception vise l'article 2, la Cour considère que la question de savoir si cette disposition exige de sanctionner pénalement un décès causé par une faute médicale alléguée et si cette exigence est respectée lorsque l'action publique tombe sous le coup d'une prescription, relève de l'interprétation de l'article 2 et donc de l'examen au fond de l'affaire.



39. Pour autant que l'exception préliminaire concerne l'article 6, la Cour estime que la question de savoir si ce grief des requérants vise l'ensemble de la procédure litigieuse postérieure à la constitution de partie civile, ou seulement l'aspect pénal de cette procédure, relève également de l'examen au fond.

40. Les exceptions préliminaires du Gouvernement doivent donc être jointes au fond.

## II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 2 DE LA CONVENTION

41. Les requérants se plaignent tout d'abord d'une violation de l'article 2 de la Convention en ce que la durée excessive de la procédure a provoqué la prescription du délit dont avait été accusé le médecin accoucheur ayant mis au monde leur nouveau-né, à la suite du décès de ce dernier.

42. Aux termes de la première phrase de l'article 2,

« Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. »

### A. Thèses des parties

#### 1. Les requérants

43. Les requérants soutiennent que la prescription d'un délit attentatoire à la vie pour des raisons liées au mauvais fonctionnement et aux retards du système judiciaire ne saurait être considérée comme compatible avec l'article 2. Si la procédure n'avait pas duré sept ans rien que pour la première instance (dont quatre ans d'instruction pour lesquels le Gouvernement n'a fourni selon eux aucune explication), le délit ne serait pas tombé sous le coup d'une prescription. Dans de telles circonstances, l'Etat est doublement coupable dans la mesure où il renonce à poursuivre le responsable d'un grave délit. De manière générale, les intéressés estiment que la prescription d'un délit attentatoire à la vie est de toute façon contraire, en tant que telle, aux exigences de l'article 2. Dès lors, les dommages-intérêts obtenus par eux sur le plan civil ne seraient pas de nature à compenser le fait que la partie pénale de la procédure se soit soldée par une prescription.

#### 2. Le Gouvernement

44. Quant au fond, le Gouvernement fait valoir que la prescription du délit n'a pas empêché la condamnation de E.C. au versement de dommages-intérêts au bénéfice des requérants. En tout état de cause, le Gouvernement estime qu'on ne saurait considérer que l'article 2 impose

aux Etats de punir l'homicide par imprudence par une sanction pénale lorsque le droit interne pertinent prévoit déjà des sanctions d'ordre civil ou administratif. A cet égard, le Gouvernement souligne que la sanction pénale constitue l'*extrema ratio* et que, s'il est vrai que la sanction pénale paraît être la seule forme de réaction appropriée pour les atteintes gravissimes à la vie ou à l'intégrité personnelle (tel l'homicide volontaire), on ne peut pas en dire autant des formes atténuées de responsabilité, tel l'homicide involontaire, par imprudence ou par maladresse. Sur ce point, le Gouvernement se réfère à la Résolution (75) 24 du Comité des Ministres et à la recommandation faite aux Etats, quoique dans le domaine de la circulation routière, de limiter autant que possible le recours à des poursuites pénales en cas de fautes légères, et d'éviter des poursuites pouvant conduire à une peine inutile ou inhumaine. Dès lors, selon le Gouvernement, l'infliction d'une peine n'est pas indispensable aux fins de la protection de la vie humaine, et la renonciation aux poursuites pénales n'enfreint pas forcément les obligations positives découlant de l'article 2 de la Convention. Bien au contraire, la réaction pénale peut même, dans certains cas, se révéler inutile ou produire un effet opposé sur les plans répressif et préventif. Par ailleurs, le fait que la résolution précitée ajoute qu'il ne doit en aucun cas être porté préjudice au droit des victimes à réparation, sous-entend, selon le Gouvernement, que la sanction civile peut remplacer la sanction pénale.

45. Le Gouvernement soutient donc qu'une fois admis que l'Etat est libre de choisir d'autres formes de sanction dans des cas moins graves d'atteinte au droit à la vie et que la sanction pénale n'est pas la seule envisageable, ce qui est le cas en droit italien, les raisons pour lesquelles la sanction pénale n'a pas été appliquée dans un cas concret deviennent insignifiantes au regard de l'article 2. Du reste, le médecin responsable du décès du nouveau-né des requérants aurait bien été condamné au civil. En plus, pareille issue peut déboucher également sur une action disciplinaire à l'encontre du médecin reconnu responsable.

46. Le Gouvernement souligne ensuite que la prescription est la plus haute expression du droit à un procès rapide et équitable, en ce qu'elle empêche l'écoulement d'un laps de temps trop long jusqu'à l'éventuelle condamnation, c'est-à-dire jusqu'au moment où l'infliction d'une peine cesse d'être essentielle aux fins de la punition, de la dissuasion et de la rééducation du coupable. Dans ce contexte, le Gouvernement se réfère à l'affaire *Dujardin et autres c. France* (n° 16734/90, décision de la Commission du 2 septembre 1991, Décisions et rapports (DR) 72, p. 236). Le Gouvernement considérerait en l'espèce comme inexplicable un éventuel constat de violation de l'article 2 de la Convention, étant donné que la prescription du délit n'aurait empêché ni la reconstitution des faits, ni la déclaration de responsabilité du médecin, ni la condamnation de ce dernier au versement de dommages-intérêts.

47. Le Gouvernement affirme par ailleurs que l'on doit tenir compte aussi du droit de l'Etat de décider de ses priorités en matière d'enquête pénale en fonction de la gravité de l'infraction en cause. En d'autres termes, on ne saurait sous-estimer le fait que la présente affaire s'est déroulée en Calabre, c'est-à-dire dans une région gravement affectée par la présence d'une dangereuse organisation mafieuse (la *n'drangheta*) qui se livre à des activités bien plus préjudiciables pour le droit garanti par l'article 2 que l'homicide par imprudence. Le Gouvernement ne juge donc pas étonnant le fait que cette circonstance et la surcharge de travail qui en découle pour les autorités judiciaires amènent ces dernières à traiter en priorité les affaires concernant des délits mafieux, au risque que d'autres infractions tombent sous le coup d'une prescription.

## **B. Sur l'applicabilité de l'article 2 de la Convention**

48. La Cour rappelle que la première phrase de l'article 2, qui se place parmi les articles primordiaux de la Convention en ce qu'il consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe (voir par exemple *McCann et autres c. Royaume-Uni*, arrêt du 27 septembre 1995, série A n° 324, pp. 45-46, § 147), impose à l'Etat l'obligation non seulement de s'abstenir de donner la mort « intentionnellement », mais aussi de prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction (*L.C.B. c. Royaume-Uni*, arrêt du 9 juin 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-III, p. 1403, § 36).

49. Ces principes s'appliquent aussi dans le domaine de la santé publique. Les obligations positives énoncées ci-dessus impliquent donc la mise en place par l'Etat d'un cadre réglementaire imposant aux hôpitaux, qu'ils soient publics ou privés, l'adoption de mesures propres à assurer la protection de la vie de leurs malades. Elles impliquent également l'obligation d'instaurer un système judiciaire efficace et indépendant permettant d'établir la cause du décès d'un individu se trouvant sous la responsabilité de professionnels de la santé, tant ceux agissant dans le cadre du secteur public que ceux travaillant dans des structures privées, et le cas échéant d'obliger ceux-ci à répondre de leurs actes (voir notamment *Erikson c. Italie* (déc.), n° 37900/97, 26 octobre 1999, et *Powell c. Royaume-Uni* (déc.), n° 45305/99, CEDH 2000-V; voir aussi *Isiltan c. Turquie*, n° 20948/92, décision de la Commission du 22 mai 1995, DR 81-A, p. 35).

50. La Cour considère donc que l'article 2 de la Convention est applicable. Il reste à savoir quelle sorte de réaction judiciaire est exigée dans le contexte spécifique de la présente affaire.

### C. Sur l'observation de l'article 2 de la Convention

51. Même si la Convention ne garantit pas en tant que tel le droit à l'ouverture de poursuites pénales contre des tiers, la Cour a maintes fois affirmé que le système judiciaire efficace exigé par l'article 2 peut comporter, et dans certaines circonstances doit même comporter, un mécanisme de répression pénale (voir par exemple *Kılıç c. Turquie*, n° 22492/93, § 62, CEDH 2000-III, et *Mahmut Kaya c. Turquie*, n° 22535/93, § 85, CEDH 2000-III). Par conséquent, l'exception préliminaire du Gouvernement, que la Cour a jointe au fond (paragraphe 38 ci-dessus), doit être écartée. Toutefois, si l'atteinte au droit à la vie ou à l'intégrité physique n'est pas volontaire, l'obligation positive découlant de l'article 2 de mettre en place un système judiciaire efficace n'exige pas nécessairement dans tous les cas un recours de nature pénale. Dans le contexte spécifique des négligences médicales, pareille obligation peut être remplie aussi, par exemple, si le système juridique en cause offre aux intéressés un recours devant les juridictions civiles, seul ou conjointement avec un recours devant les juridictions pénales, aux fins d'établir la responsabilité des médecins en cause et, le cas échéant, d'obtenir l'application de toute sanction civile appropriée, tels le versement de dommages-intérêts et la publication de l'arrêt. Des mesures disciplinaires peuvent également être envisagées.

52. Dans la présente affaire, nul ne conteste l'existence d'une réglementation propre à protéger la vie des patients, y compris par des mesures de caractère pénal. Le grief des requérants porte essentiellement sur le fait que le médecin reconnu responsable du décès de leur nouveau-né en première instance pénale n'a pas été sanctionné pénalement car l'action publique s'est soldée par une prescription. Par ailleurs, les intéressés ne suggèrent en aucune manière que leur enfant a été tué intentionnellement par le médecin mis en cause.

53. La Cour note que, dans l'hypothèse d'un décès imputable à une négligence médicale, le système juridique italien prévoit, d'une part, une action de nature pénale obligatoire (paragraphe 32 et 33 ci-dessus) et, d'autre part, la possibilité pour la partie lésée d'entamer une action devant la juridiction civile compétente. Le Gouvernement a également évoqué l'hypothèse d'une action disciplinaire au cas où la responsabilité civile du médecin serait établie, ce que les requérants n'ont pas contesté. Par conséquent, le système italien offre aux justiciables des moyens qui, sur le plan théorique, répondent aux exigences de l'article 2. Toutefois, cette disposition veut non seulement que les mécanismes de protection prévus en droit interne existent en théorie mais aussi, et surtout, qu'ils fonctionnent effectivement en pratique dans des délais permettant de conclure l'examen au fond des affaires concrètes qui leur sont soumises.

54. En l'espèce, la Cour relève que les poursuites pénales engagées à l'encontre du médecin mis en cause se sont soldées par une prescription

découlant des défaillances procédurales ayant retardé notamment la phase d'enquête et d'instruction de l'affaire. Cependant, les requérants disposaient aussi de la possibilité de saisir un tribunal civil; c'est d'ailleurs ce qu'ils ont fait (paragraphe 29 ci-dessus). Il est vrai que le médecin mis en cause n'a jamais été reconnu responsable par un tribunal civil. Cependant, il ressort du dossier que, dans le cadre de la procédure civile qu'ils ont bien entamée devant le tribunal civil de Cosenza, les requérants ont accepté de conclure une transaction avec les assureurs du médecin et de sa clinique, et ont délibérément renoncé à poursuivre la procédure devant cette juridiction (paragraphe 30 et 31 ci-dessus). Celle-là aurait pu conduire à la condamnation du médecin au versement de dommages-intérêts et éventuellement à la publication du jugement dans la presse (paragraphe 35 ci-dessus). Pareille issue aurait pu déboucher également, comme l'indique le Gouvernement (paragraphe 45 ci-dessus), sur une action disciplinaire à l'encontre du médecin.

55. La Cour considère dès lors que les requérants se sont fermé l'accès à la voie privilégiée en l'occurrence pour faire la lumière sur la portée de la responsabilité du médecin quant au décès de leur nouveau-né, voie qui était de nature, dans le contexte spécifique de la présente affaire, à satisfaire aux obligations positives découlant de l'article 2. A cet égard, la Cour rappelle, *mutatis mutandis*, que « lorsque le parent d'une personne décédée accepte une indemnité visant à régler à l'amiable une action civile pour faute médicale, il ne peut plus en principe se prétendre victime » (*Powell*, décision précitée).

56. Cette conclusion dispense par ailleurs la Cour d'examiner, dans le contexte spécifique de la présente affaire, la question de la compatibilité avec l'article 2 de la prescription de l'action publique dans le cadre de la procédure pénale dont le médecin mis en cause a fait l'objet.

57. La Cour conclut donc qu'aucune violation de l'article 2 de la Convention ne se trouve établie en l'espèce.

### III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 6 § 1 DE LA CONVENTION

58. Les requérants se plaignent également de la durée excessive de la procédure en tant que telle et invoquent l'article 6 § 1 de la Convention qui dispose en ses passages pertinents :

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

### A. Thèses des parties

59. Le Gouvernement conteste d'abord que le grief que les requérants tirent en l'espèce de l'article 6 § 1 vise les décisions des juridictions italiennes quant à leurs droits et obligations de caractère civil, étant donné que, même s'ils se sont constitués partie civile, ce grief porte essentiellement sur le fait que, en raison de sa longueur prétendument excessive, la procédure relative à l'action pénale du ministère public s'est soldée par un constat de prescription. La décision sur la responsabilité civile du médecin étant intervenue dans une procédure distincte, les requérants ne sauraient invoquer l'article 6 § 1 dans le contexte de la procédure pénale.

60. Au cas où la Cour considérerait néanmoins que l'article 6 s'applique, le Gouvernement souligne que la période à considérer commence au moment où les requérants se sont constitués partie civile. Or, compte tenu de la complexité de l'affaire et de la charge de travail du tribunal de Cosenza, ainsi que du fait que certains reports d'audience ne sont pas imputables aux autorités, cette durée (trois ans et trois mois pour quatre degrés de juridiction, d'après le calcul du Gouvernement, qui prend en compte la deuxième constitution de partie civile comme point de départ) ne saurait être considérée comme excessive. D'ailleurs, les procédures en appel et en cassation se sont déroulées dans des délais exemplaires.

61. Les requérants ne se sont pas exprimés à cet égard.

### B. Sur l'applicabilité de l'article 6 § 1 de la Convention

62. D'emblée, la Cour rappelle qu'elle a joint au fond l'exception préliminaire du Gouvernement quant à la prétendue inapplicabilité de l'article 6 § 1 aux faits en cause (paragraphe 39 ci-dessus). Elle note qu'il n'est pas contesté que les requérants se sont constitués partie civile (paragraphe 15 et 18 ci-dessus) et que, dès lors, même si la procédure devant les juridictions pénales ne portait que sur le bien-fondé de l'accusation pénale dirigée contre le médecin, elle était susceptible d'avoir des répercussions sur les revendications de nature civile avancées par les requérants dans le cadre de leur constitution de partie civile. Selon la Cour, il est décisif pour l'applicabilité de l'article 6 § 1 à la procédure pénale que, à partir de la constitution de partie civile jusqu'à la conclusion de cette procédure par le constat définitif de prescription, le volet civil soit resté étroitement lié au déroulement de la procédure pénale. A cet égard, les requérants pouvaient donc bel et bien invoquer l'article 6 § 1 en conformité avec la jurisprudence constante de la Cour (voir, parmi beaucoup d'autres, *Torri c. Italie*, arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 1997, *Recueil* 1997-IV,

p. 1179, § 23). Il s'ensuit que l'exception préliminaire du Gouvernement doit être rejetée.

### C. Sur l'observation de l'article 6 § 1 de la Convention

#### 1. Période à considérer

63. La période à considérer s'étend du 7 juillet 1989, date de la première constitution de partie civile des requérants, au 17 octobre 1995, date où l'arrêt de la cour d'appel de Catanzaro du 3 juillet 1995 a acquis force de chose jugée (paragraphe 31 ci-dessus). Sa durée est donc de six ans, trois mois et dix jours.

#### 2. Caractère raisonnable de la durée de la procédure

64. La Cour rappelle que le caractère raisonnable de la durée d'une procédure s'apprécie suivant les circonstances de la cause et eu égard aux critères consacrés par la jurisprudence de la Cour, en particulier la complexité de l'affaire, le comportement du requérant et celui des autorités compétentes (voir par exemple *Torri* précité, p. 1179, § 24).

65. En l'espèce, la Cour note que la procédure en cause revêtait une complexité indéniable. Elle relève en outre que, si après la première constitution de partie civile des requérants, le 7 juillet 1989, des retards certes regrettables ont affecté le cours de la procédure en première instance (notamment entre le renvoi en jugement de E.C., le 12 juin 1991, et la première audience, qui s'est tenue le 2 juillet 1992, soit un an plus tard; paragraphes 18 et 19 ci-dessus), par la suite aucune période d'inactivité significative ne saurait être reprochée aux autorités (mis à part le fait que le renvoi de la première audience a été provoqué par une grève des avocats; paragraphe 19 ci-dessus).

66. Dans ces circonstances, la Cour estime qu'une durée de procédure de six ans, trois mois et dix jours pour quatre degrés de juridiction ne saurait être considérée comme déraisonnable.

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

### PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Joint au fond*, à l'unanimité, les exceptions préliminaires soulevées par le Gouvernement;
2. *Dit*, par quatorze voix contre trois, que l'article 2 de la Convention est applicable et qu'il n'a pas été violé;

3. *Dit*, par seize voix contre une, que l'article 6 § 1 de la Convention est applicable et qu'il n'a pas été violé.

Fait en français et en anglais, puis communiqué par écrit le 17 janvier 2002, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Luzius WILDHABER  
Président

Paul MAHONEY  
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. Zupančič ;
- opinion partiellement dissidente de M. Rozakis, à laquelle déclarent se rallier M. Bonello et M<sup>me</sup> Strážnická ;
- opinion partiellement dissidente de M. Costa.

L.W.  
P.J.M.



## OPINION CONCORDANTE DE M. LE JUGE ZUPANČIČ

(Traduction)

Je souscris à l'avis de la majorité, quoique pour des raisons quelque peu différentes des siennes.

L'affaire peut aussi se définir comme une question de qualité pour agir, c'est-à-dire la question de savoir si la victime d'une faute pénale peut revendiquer le droit d'obtenir que l'auteur allégué de l'acte criminel soit poursuivi, reconnu coupable, condamné et puni. L'époque où les poursuites pénales étaient menées pour satisfaire des appétits privés en matière de punition est révolue.

Au regard de la Convention, toutefois, il se peut que la victime ait toujours qualité pour alléguer que l'Etat a failli à son obligation positive de protéger la vie au titre de l'article 2. Si le système judiciaire de l'Etat ne réagit pas face à des actes criminels qui mettent la vie en danger, que ce soit intentionnellement ou par inadvertance, il peut passer pour faillir à sa tâche consistant à dissuader en général et en particulier de commettre pareils actes. Dans ces conditions, la victime d'un acte mettant sa vie en danger aura qualité pour agir devant la Cour, sans que cela implique de droit à punition.

Il s'ensuit, en bonne logique, que la question n'est pas en l'espèce de savoir si l'Etat est de manière générale tenu d'ouvrir des poursuites dans les affaires de faute médicale ayant entraîné la mort. La véritable question est plus restreinte : *le système judiciaire italien a-t-il fait preuve d'une assiduité suffisante?*

En l'espèce, comme pour toute affaire, la décision rendue ne vaut que dans les circonstances de la cause. Dire qu'il n'y a pas eu violation en l'occurrence ne signifie pas que la faute médicale soit désormais en quelque sorte à l'abri des poursuites pénales.

Cela signifie simplement qu'il n'y a pas violation de la Convention dans une affaire où la faute médicale a entraîné la mort *et* où l'Etat a dûment enquêté, et poursuivi et condamné le médecin, la condamnation n'ayant jamais revêtu un caractère définitif pour des motifs procéduraux.

OPINION PARTIELLEMENT DISSIDENTE  
DE M. LE JUGE ROZAKIS,  
À LAQUELLE DÉCLARENT SE RALLIER M. BONELLO  
ET M<sup>me</sup> STRÁŽNICKÁ, JUGES

*(Traduction)*

Tout en ayant voté pour la non-violation de l'article 6 § 1 de la Convention pour ce qui est de la longueur de la procédure, je ne suis pas en mesure de me rallier à l'avis de la majorité selon lequel il n'y a pas eu en l'espèce violation de l'article 2. Ainsi qu'il ressort clairement du paragraphe 54 de l'arrêt, la majorité a conclu à la non-violation du fait que, bien que la procédure pénale engagée contre le médecin se soit soldée de manière non satisfaisante par une prescription, l'Etat italien n'a pas failli à son obligation positive consistant à offrir des moyens effectifs en vue d'établir la cause de la mort de l'enfant, ainsi que l'exige l'article 2 de la Convention (aspect procédural de la protection du droit à la vie). Selon la majorité, les requérants avaient également la possibilité d'engager une procédure civile pour établir la responsabilité du médecin. Le fait que les requérants aient choisi de conclure une transaction avec la compagnie d'assurances du médecin, ce qui a finalement conduit à la clôture de la procédure civile après que l'action pénale dirigée contre le médecin se fut éteinte par prescription, ne saurait être imputé à l'Etat italien, qui leur avait fourni des moyens répondant aux exigences de l'article 2.

Or, malgré tout le respect que je dois à la majorité, je ne peux me rallier à cette conclusion pour les raisons suivantes.

Premièrement, par principe, la procédure pénale est par excellence le recours qui convient le mieux pour satisfaire aux exigences procédurales de l'article 2 de la Convention. La jurisprudence de Strasbourg démontre clairement que les Etats parties à la Convention doivent s'acquitter de l'obligation positive de fournir une procédure permettant d'enquêter de manière effective sur les décès et de déterminer quelle était, le cas échéant, la responsabilité de la (des) personne(s) dans l'homicide. Bien que cette règle ne réduise pas forcément ce recours à la procédure pénale, il est difficile de déduire que la jurisprudence existante met sur le même plan la procédure pénale et la procédure civile, en considérant qu'elles satisfont tout autant aux exigences de l'article 2 de la Convention (paragraphe 51 de l'arrêt). Cette remarque vaut indépendamment du fait que la mort ait été infligée intentionnellement ou non, question qui doit après tout être tranchée par et pendant la procédure.

De fait, il est difficile d'admettre que le respect du droit à la vie, tel que prévu à l'article 2, puisse en principe être assuré grâce à des procédures

qui, par nature, ne sont pas conçues pour protéger les valeurs fondamentales de la société, ni pour inciter le public à réprover l'homicide, ni – ce qui constitue l'autre face de la question – pour établir la responsabilité au moyen d'un examen approfondi des circonstances qui ont conduit à la mort. Or la procédure pénale offre précisément ces garanties. Alors que la procédure civile vise essentiellement à servir des intérêts privés et à répondre aux aspects matériels des transactions humaines, elle ne permet pas d'exprimer la réprobation publique face à une infraction grave telle qu'un homicide, et ne garantit pas d'ordinaire la tenue d'une enquête complète et approfondie sur la cause du décès et sur toutes les circonstances dans lesquelles il s'est produit. Dans ces conditions, considérer que la procédure civile est un moyen satisfaisant de répondre aux exigences de l'article 2 revient à déprécier la protection du droit à la vie garantie par cet article et à « privatiser » ladite protection.

Deuxièmement, un autre argument milite en faveur de la violation de l'article 2 en cette affaire : le système juridique italien, répondant en cela à la préoccupation extrême du public de voir protéger le droit à la vie, prévoit le recours à la procédure pénale pour établir la responsabilité en cas d'homicide, intentionnel ou non. Telle est dans le système juridique italien l'interprétation correcte de la protection du droit à la vie et de l'article 2 de la Convention. La Cour européenne des Droits de l'Homme, appliquant les critères minimaux de protection, doit-elle laisser entendre à l'Etat italien que la procédure civile (qui remplit à l'évidence une fonction distincte dans le système juridique italien en ce qui concerne la protection de la vie) répond aux exigences de l'article 2? La Cour européenne des Droits de l'Homme peut-elle implicitement laisser entendre à l'Italie et à tous les autres Etats permettant d'engager une procédure pénale en cas d'homicide que leurs règles procédurales en cas d'homicide involontaire sont surabondantes, et que leur procédure civile en matière d'indemnisation des victimes satisfait pleinement aux critères de la Convention? Je ne le pense pas. C'est pourquoi je considère que le fait que les juridictions italiennes n'aient pas traité de manière effective la question de la responsabilité du médecin par l'intermédiaire de la procédure pénale engagée contre ce dernier emporte violation de l'article 2 de la Convention.

## OPINION PARTIELLEMENT DISSIDENTE DE M. LE JUGE COSTA

Je suis d'accord avec la majorité de mes collègues pour ne pas trouver, dans cette triste affaire, de violation de l'article 2 de la Convention. Je ne suis en revanche pas de leur avis en ce qui concerne l'article 6 § 1.

Le grief, tout à fait classique, surtout dans une requête contre l'Italie, était tiré de la durée déraisonnable de la procédure. Malgré les défauts du système judiciaire transalpin, que la récente loi Pinto, il faut l'espérer, permettra de redresser sur le plan interne, j'ai toujours contesté personnellement l'espèce de présomption de violation de l'article 6 qui conduirait de façon « automatique » à accueillir un grief de ce type (je renvoie à ce sujet à mon opinion dissidente dans l'affaire *Di Mauro c. Italie* [GC], n° 34256/96, CEDH 1999-V). La Cour doit examiner chaque affaire à la lumière des circonstances de l'espèce, et à l'aune des critères que sa jurisprudence a depuis longtemps dégagés : la complexité de l'affaire, le comportement des parties au procès interne, et notamment du ou des requérants, les carences ou retards imputables aux autorités judiciaires elles-mêmes, enfin l'enjeu du litige.

Il me semble précisément que l'application de ces critères aux faits de la cause conduit à une appréciation sévère sur la durée de la procédure. A mon avis, l'affaire ne présentait pas de complexité caractérisée, même si la majorité affirme de façon catégorique le contraire au début du paragraphe 65 : il s'agissait d'un cas tragique, mais malheureusement banal, de complications lors d'un accouchement, ayant entraîné la mort d'un nourrisson deux jours après sa naissance, et même si on a classiquement désigné des experts, la question de la responsabilité du médecin pour homicide par imprudence ne me semble complexe ni en fait ni en droit. L'arrêt n'impute aux parties aucune part du délai (il n'en parle même pas), mais il admet, au même paragraphe 65, que la procédure a subi des « retards certes regrettables » du fait des autorités judiciaires, soit directement – près de treize mois entre le renvoi de l'accusé en jugement et la première audience, et il y a d'autres délais fautifs (paragraphe 18 et 19) –, soit indirectement – un report de trois mois et demi d'une audience à cause d'une grève des avocats le jour prévu pour cette audience. Enfin, l'enjeu du litige me semble très important : les requérants recherchaient la condamnation pénale du médecin, ainsi que sa condamnation à des dommages-intérêts et à la publication du jugement. Pour des parents dont le bébé est mort, alors que, selon les juges internes, l'inculpé savait que l'accouchement devait être considéré comme à haut risque compte tenu des antécédents de la mère, ces enjeux n'étaient pas minces.

J'aurais cependant pu admettre, à la rigueur, que la durée de la procédure n'a pas été excessive, car si on prend comme *dies a quo* non le

dépôt de la plainte par les requérants (le 10 février 1987), mais leur constitution de partie civile, le 7 juillet 1989 – je suis sur ce point d'accord avec le paragraphe 66 de l'arrêt – la procédure a duré «seulement» six ans, trois mois et dix jours pour quatre instances (voir par contraste l'affaire *Di Mauro* précitée).

Mais un élément, à mes yeux décisif, fait pencher la balance. Au bout de ce laps de temps, la cour d'appel, saisie sur renvoi après cassation, a constaté la *prescription* du délit. Il ne s'agit pas de juger dans l'abstrait la compatibilité avec la Convention du système italien de prescription en matière pénale. Encore peut-on observer que, dans la plupart des systèmes, la prescription est interrompue par les actes de poursuites, et à plus forte raison par le procès pénal lui-même. Quoi qu'il en soit, le résultat concret, ici, a été que la lenteur de la procédure a bénéficié à l'accusé et surtout a fait s'évanouir le droit d'accès au tribunal des requérants, pourtant non moins protégé que le délai raisonnable par l'article 6 § 1. Cette circonstance aggravante – et à coup sûr frustratoire –, cet effet pervers d'un système qui subordonne la continuation de l'action pénale à la brièveté de la procédure alors que la procédure est notoirement trop longue en général, me font penser que l'article 6 § 1 de la Convention a été en l'espèce violé au détriment des requérants, ce qui explique mon vote (très) minoritaire sur ce point.



CALVELLI AND CIGLIO v. ITALY  
*(Application no. 32967/96)*

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 17 JANUARY 2002





SUMMARY<sup>1</sup>**Prosecution of doctor for involuntary manslaughter time-barred as a result of procedural delays****Article 2**

*Life – Prosecution of doctor for involuntary manslaughter time-barred as a result of procedural delays – Positive obligations – Obligation of State to ensure that hospitals adopt appropriate measures to protect patients’ lives – Effective independent judicial system – Appropriate remedies in respect of unintentional infringement of the right to life – Procedural delays – Extrajudicial settlement of civil claims*

\*  
\*   \*

In 1987 the applicants’ baby died two days after being born. The applicants lodged a complaint against the doctor in charge of the delivery and in 1989 were informed that charges were to be brought. They joined the criminal proceedings as civil parties. In 1991 the doctor was committed for trial on a charge of involuntary manslaughter. He was convicted *in absentia* in December 1993. His appeal was dismissed but in December 1994 the Court of Cassation quashed the conviction and remitted the case to the appeal court for retrial. In July 1995 the appellate court ruled that the prosecution had become time-barred. In the meantime, the applicants had brought a civil action against the doctor and had reached an agreement with his insurers whereby they received compensation.

*Held*

(1) The Court joined the Government’s preliminary objection to the merits.  
 (2) Article 2: The positive obligations incumbent on States require that they make regulations compelling both public and private hospitals to adopt appropriate measures for the protection of their patients’ lives. They also require an effective independent judicial system to be set up allowing for the cause of a patient’s death to be determined and for those responsible to be held accountable. Article 2 was therefore applicable. Although the Convention does not guarantee a right to have criminal proceedings brought against third parties, the effective judicial system required by Article 2 may, and in certain circumstances must, include recourse to the criminal law. Accordingly, the Government’s preliminary objection that the applicants could not claim to be victims in that respect had to be dismissed. However, in the case of unintentional infringement of the right to life, the obligation to set up an effective judicial system does not necessarily require the provision of a criminal-law remedy in every case,

---

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

and in the specific sphere of medical negligence it may be satisfied if victims have a remedy in the civil courts, whereby liability can be established and appropriate redress obtained. The Italian legal system affords injured parties both mandatory criminal proceedings and the possibility of bringing a civil action, and disciplinary proceedings may also be brought if a doctor is held liable in civil proceedings. Consequently, the Italian system offers litigants remedies which, in theory, meet the requirements of Article 2. However, that protection must also operate effectively in practice within a time-span that allows the courts to complete their examination of the merits of each individual case.

In the present case, the criminal proceedings became time-barred because of procedural delays. However, the applicants were also entitled to bring civil proceedings, which they did. The fact that no finding of liability was ever made against the doctor by a civil court was due to the intervening settlement which they reached with the insurers. The applicants thus voluntarily waived their right to pursue the proceedings, which could have led in particular to an award of damages against the doctor. In this way, they denied themselves access to the best means of elucidating the extent of the doctor's responsibility for the death of their child, which in the special circumstances of the case would have satisfied the positive obligations arising under Article 2. That conclusion made it unnecessary to examine whether the operation of the time-bar in the criminal proceedings was compatible with Article 2.

*Conclusion:* no violation (fourteen votes to three).

(3) Article 6 § 1 (length of proceedings): Although the criminal proceedings concerned only the determination of the criminal charge against the doctor, they were apt to have repercussions on the claims made by the applicants as civil parties. Article 6 applied to the criminal proceedings, the decisive factor being that, from the moment the applicants were joined as civil parties until the conclusion of those proceedings, the civil limb of the proceedings remained closely linked to the criminal limb. The proceedings lasted more than six years and three months. However, they were undeniably complex and, despite regrettable delays, such a period for proceedings at four levels of jurisdiction could not be regarded as unreasonable.

*Conclusion:* no violation (sixteen votes to one).

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

*İsiltan v. Turkey*, no. 20948/92, Commission decision of 22 May 1995, Decisions and Reports 81-B

*McCann and Others v. the United Kingdom*, judgment of 27 September 1995, Series A no. 324

*Torri v. Italy*, judgment of 1 July 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-IV

*L.C.B. v. the United Kingdom*, judgment of 9 June 1998, *Reports* 1998-III

*Erikson v. Italy* (dec.), no. 37900/97, 26 October 1999

*Kılıç v. Turkey*, no. 22492/93, ECHR 2000-III

*Mahmut Kaya v. Turkey*, no. 22535/93, ECHR 2000-III

*Powell v. the United Kingdom* (dec.), no. 45305/99, ECHR 2000-V

**In the case of Calvelli and Ciglio v. Italy,**

The European Court of Human Rights, sitting as a Grand Chamber composed of the following judges:

Mr L. WILDHABER, *President*,

Mr C.L. ROZAKIS,

Mr J.-P. COSTA,

Mr G. RESS,

Mr B. CONFORTI,

Mr G. BONELLO,

Mrs E. PALM,

Mr R. TÜRMEN,

Mrs V. STRÁŽNICKÁ,

Mr P. LORENZEN,

Mr W. FUHRMANN,

Mr M. FISCHBACH,

Mr V. BUTKEVYCH,

Mr B. ŽUPANČIĆ,

Mrs N. VAJIĆ,

Mr J. HEDIGAN,

Mr E. LEVITS,

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

Having deliberated in private on 26 September and 28 November 2001,

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

## PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 32967/96) 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 two Italian nationals, Mr Pietro Calvelli and Ms Sonia Ciglio (“the applicants”), on 29 December 1995.

2. The applicants were represented by Mr Q. Lorelli and subsequently by Mr F. Perna, lawyers practising in Cosenza (Italy). The Italian Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr U. Leanza, Head of the Diplomatic Disputes Department, Ministry of Foreign Affairs, assisted by Mr V. Esposito, co-Agent. Having originally been designated before the Commission by the initials P.C. and S.C., the applicants subsequently agreed to the disclosure of their names.

3. The applicants alleged a violation of Articles 2 and 6 § 1 of the Convention on the ground that owing to procedural delays a time-bar

had arisen making it impossible to prosecute the doctor responsible for the delivery of their child, who had died shortly after birth.

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 Second 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 6 April 2000 the Chamber declared the application admissible<sup>1</sup>. Subsequently, on 10 July 2001, the Chamber relinquished jurisdiction in favour of the Grand Chamber, none of the parties having objected to relinquishment (Article 30 of the Convention and Rule 72).

7. The composition of the Grand Chamber was determined according to the provisions of Article 27 §§ 2 and 3 of the Convention and Rule 24.

8. The applicants and the Government each filed observations on the merits (Rule 59 § 1). After consulting the parties, the Grand Chamber decided that no hearing on the merits was required (Rule 59 § 2).

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

#### A. The investigation and criminal proceedings

9. Immediately following its birth in a private clinic, “La Madonnina”, in Cosenza the applicant’s new-born baby was admitted to the intensive care unit of Cosenza Hospital suffering from serious respiratory and neurological post-asphyxia syndrome induced by the position in which it had become lodged during delivery. The baby died on 9 February 1987, two days after birth.

10. On 10 February 1987 the applicants lodged a complaint. The Cosenza public prosecutor’s office started an investigation that same day.

11. On 12 February 1987 Ms Ciglio was questioned as a witness. A team of three expert witnesses was named.

12. As nothing further happened in the proceedings, the applicants made several requests, notably on 16 October 1987, and 12 April and 30 June 1988, for the investigation to be expedited. On 16 November 1988 the public prosecutor’s office itself requested the expert witnesses to lodge their report.

---

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

13. On 19 June 1989 the applicants were informed that at the request of the public prosecutor's office, the investigating judge had notified E.C. – the doctor responsible for delivering the baby and the joint owner of the clinic – that charges would be brought against him.

14. Subsequently, the scheduled questioning of certain witnesses on 18 July 1989 did not take place, as the judge dealing with the case was on holiday.

15. Meanwhile, on 7 July 1989, the applicants were joined to the proceedings as civil parties.

16. On 19 January 1990 the prosecution applied for the complaint to be filed away without further action. That application was dismissed on 24 May 1990.

17. On 3 October 1990 the investigating judge instructed the public prosecutor's office to make further inquiries. Consequently, on 29 November 1990 the deputy public prosecutor ordered forensic tests. The results were made available on 5 January 1991.

18. On 12 June 1991 E.C. was committed for trial before the Cosenza Criminal Court on a charge of involuntary manslaughter and the applicants renewed their application to be joined to the proceedings as civil parties.

19. The first hearing was set down for 2 July 1992 but had to be adjourned because of a lawyers' strike. The next hearing on 15 October 1992 was also adjourned due to a delay in service of a summons on the accused to appear.

20. A new hearing date was fixed for 15 January 1993. On that date an order was made for the accused's trial *in absentia*. The trial did not begin, however, until 19 March 1993, as meanwhile the accused had changed lawyers. The hearing scheduled for 29 April 1993 was adjourned until 3 June 1993 as the composition of the bench was not the same as that to which the case had been allocated. The trial thereafter continued with hearings on 27 May, and 10 and 17 June (the latter hearing being adjourned as one of the expert witnesses appointed by the court had to be replaced). A hearing on 15 July 1993 was adjourned to 16 September 1993, again owing to the fact that the composition of the bench was not the same as that to which the case had been allocated. There were further hearings on 14 and 26 October 1993. On the latter date the order for the accused's trial *in absentia* was revoked, but the hearing had to be adjourned as the expert witnesses failed to attend without due cause (they were ordered to pay a fine and to attend the next hearing on 14 December). A final hearing took place on 17 December 1993. The accused, who had attended the hearings on 26 October and 14 December 1993, was not present at that hearing.

21. At the hearing on 17 December the Cosenza Criminal Court found the accused guilty *in absentia* of involuntary manslaughter. Its judgment was lodged with the registry on 19 February 1994. The Criminal Court sentenced

the accused to one year's imprisonment and ordered him to pay the civil parties' costs together with compensation to be assessed at a later date.

22. It found firstly that the accused knew that the birth had to be regarded as high risk since the mother was a level-A diabetic and had a past history of confinements that had been equally difficult because of the size of the foetus. The risks inherent in deliveries in such circumstances, which the expert witnesses appointed by the Criminal Court described as readily foreseeable, meant that precautionary measures should have been taken and that the doctor in charge should have been present. The Criminal Court found, however, that E.C., whom the applicant had consulted during the pregnancy, had made no arrangements for precautionary measures, such as an external examination of the mother, to assess whether the foetus was too large for a natural birth. Above all, he had absented himself during the birth. When the complications had occurred, it had taken the nursing staff six or seven minutes to locate E.C., who was busy seeing patients in another part of the clinic. The intervening delay before E.C. was able to perform the manipulation necessary to extract the foetus had significantly reduced the new-born's chances of survival.

23. The Criminal Court nevertheless suspended the sentence and ordered that the conviction should not appear on E.C.'s criminal record. In addition, it dismissed the civil parties' application for a provisional award of compensation.

24. On 17 March 1994 E.C. appealed to the Catanzaro Court of Appeal.

25. In a judgment of 3 August 1994, which was delivered *in absentia* and lodged with the registry on 17 August 1994, the Court of Appeal declared the appeal inadmissible. Noting that he had been tried *in absentia* at first instance, the Court of Appeal held that E.C. had failed to give his lawyer the authority to act required under the rules applicable in such cases. It ordered him to reimburse the costs incurred by the civil parties in the proceedings.

26. On 7 October 1994 E.C. appealed to the Court of Cassation. In a judgment of 22 December 1994, which was lodged with the registry on 23 January 1995, the Court of Cassation overturned the decision of the Catanzaro Court of Appeal, to which it remitted the case for a retrial. It held that the Court of Appeal had erred in treating E.C. as being absent, as he had been present at the start of the trial and had accordingly to be regarded as having left the court during the trial and not as liable to trial *in absentia*.

27. In a judgment of 3 July 1995, which was lodged with the registry on 10 July 1995, the Catanzaro Court of Appeal ruled that the prosecution of the offence was time-barred.

28. In so doing, it noted that the limitation period for the offence of which E.C. was accused had expired on 9 August 1994, in other words, even before the Court of Cassation had delivered its judgment.

## **B. The civil proceedings**

29. Following E.C.'s conviction at first instance by the Cosenza Criminal Court on 19 February 1994 (see paragraphs 21-22 above), the applicants served a summons requiring E.C. to appear before the civil court of that town.

30. However, on 27 April 1995 the applicants entered into an agreement with the insurers of the doctor and the clinic under which the insurers were to pay 95,000,000 Italian lire (ITL) for any damage sustained by the applicants. Of that sum, ITL 15,000,000 were designated as reparation for the special loss sustained by Ms Ciglio. At that time, the criminal proceedings were pending in the Catanzaro Court of Appeal following the Court of Cassation's judgment of 22 December 1994 (see paragraph 26 above).

31. Subsequently, as the parties failed to attend a hearing on 16 November 1995, the case was struck out of the civil court's list. At that stage, the criminal proceedings had only just ended, the Court of Appeal's ruling that the prosecution of the offence was time-barred having become final on 17 October 1995.

## **II. RELEVANT DOMESTIC LAW**

32. Article 112 of the Italian Constitution provides:

"The public prosecutor's office has a duty to prosecute."

33. Article 589 of the Criminal Code lays down that the penalty for involuntary manslaughter is imprisonment of between six months and five years.

34. Furthermore, Article 157 § 1, sub-paragraph 4, of the Criminal Code provides that the limitation period for involuntary manslaughter is five years. That period may be extended by one half as a result of any interlocutory matters arising, but may under no circumstances exceed seven and a half years from the date of the offence.

35. Lastly, Article 120 of the Code of Civil Procedure provides:

"In cases in which publishing the decision on the merits may contribute to providing reparation for the damage, the court may, on application by an interested party, order the losing party to publish the decision at its own expense in one or more newspapers determined by the court.

If the decision is not published within the period fixed by the court, the interested party may arrange for publication and shall retain the right to recover the costs from the losing party."

### III. RELEVANT PROVISIONS OF COMMITTEE OF MINISTERS RESOLUTION (75) 24 ON THE PUNISHMENT OF MANSLAUGHTER AND ACCIDENTAL INJURY ON THE ROAD

36. In the resolution cited above, adopted on 18 September 1975, the Committee of Ministers of the Council of Europe recommended that in their internal legislation and practice the governments of the member States be guided by the following principles:

“1. Criminal proceedings should not be instituted or, if appropriate, sanctions shall not be imposed for manslaughter or accidental bodily injury resulting from a minor traffic offence, that is to say, a driving offence that was not such that its author must have been aware of the danger to which he exposed himself or others;

2. The same should apply, subject to the inexcusable character of the fault committed, in respect of a person who has caused manslaughter or accidental bodily injury if he himself or someone dear to him has been so badly injured that a sanction would be pointless, if not inhuman;

3. Application of the above-mentioned recommendations should in no way prejudice the rights of the victims to obtain compensation.”

## THE LAW

### I. THE GOVERNMENT'S PRELIMINARY OBJECTION

37. The Government argued that the complaint was inadmissible, as the applicants did not have standing as “victims”. They argued that the essence of the applicants’ complaint was not the delay in the decision on the civil aspects of the case but solely the fact that the doctor responsible for the death of their child had not been punished. Accordingly, for the purposes of Article 2 in particular, the applicants were not “victims”, as the Convention did not recognise a right to have criminal proceedings instituted against third parties. Nor were they “victims” for the purposes of the complaint of a violation of Article 6, as their complaint did not concern the length of the civil proceedings, which were the only proceedings in respect of which Article 6 could be relied upon.

38. As regards the objection to the complaint under Article 2, the Court considers that the issue whether that provision requires the imposition of criminal penalties for deaths caused by alleged medical negligence and whether that requirement is satisfied if the prosecution of the offence becomes time-barred turns on the construction of Article 2 and must therefore be examined with the merits of the case.

39. To the extent that the preliminary objection relates to the complaint under Article 6, the Court considers that the question whether that complaint concerns all the proceedings after the applicants were



joined as civil parties, or only the criminal limb of those proceedings, is also a matter for examination on the merits.

40. The Government's preliminary objection must therefore be joined to the merits.

## II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 2 OF THE CONVENTION

41. The applicants complained, firstly, of a violation of Article 2 of the Convention on the ground that, owing to procedural delays, a time-bar had arisen making it impossible to prosecute the doctor responsible for the delivery of their child, who had died shortly after birth.

42. The first sentence of Article 2 provides:

"Everyone's right to life shall be protected by law."

### A. Submissions of the parties

#### 1. *The applicants*

43. The applicants maintained that a ruling that prosecution of an offence of homicide was time-barred as a result of the malfunctioning of and delays in the judicial system could not be compatible with Article 2. Had it not been for the fact that the first-instance proceedings alone had taken seven years (including a four-year investigation period for which the Government had given no explanation), prosecution of the offence would not have been time-barred. In those circumstances, the State had compounded its fault by refusing to prosecute the perpetrator of a serious offence. More generally, the applicants argued that limitation periods for the prosecution of offences were in any event of themselves contrary to the requirements of Article 2. Accordingly, the damages awarded to the applicants in the civil proceedings could not compensate them for the fact that the criminal proceedings had become time-barred.

#### 2. *The Government*

44. As to the merits, the Government contended that the time-bar had not prevented the applicants from obtaining an order against E.C. for damages. In any event, Article 2 of the Convention could not be regarded as imposing an obligation on States to punish offences of involuntary manslaughter in the criminal courts, since the relevant domestic law already laid down civil and administrative penalties. In that connection, the Government said that a criminal penalty was the *extrema ratio* and while it was true that such a penalty appeared to be the only appropriate form of response to very serious infringements of the right to life or to

personal integrity (such as voluntary manslaughter), the same did not apply to attenuated forms of responsibility such as involuntary manslaughter, through negligence or by accident. In that connection, the Government referred to Committee of Ministers Resolution (75) 24 and the recommendation made to the States, albeit in the road-traffic sphere, to restrict so far as possible recourse to criminal proceedings for minor offences and to avoid proceedings that might lead to pointless or inhuman sanctions. Accordingly, the Government argued that the protection of human life did not demand the systematic imposition of penalties and that a decision not to prosecute did not necessarily infringe the positive obligations under Article 2 of the Convention. Indeed, on the contrary, recourse to criminal proceedings could even, in certain cases, prove unhelpful or counterproductive when it came to deterrence. Furthermore, in the Government's submission, the fact that the resolution cited above stated that the victim's right to compensation was under no circumstances to be prejudiced implied that it was permissible to substitute civil liability for criminal liability.

45. The Government therefore maintained that, once it was accepted that States were free to choose other forms of liability for less serious violations of the right to life and that a criminal penalty was not the only form of liability possible (that was the position under Italian law), the reasons why a criminal penalty was not imposed in a particular case became irrelevant for the purposes of Article 2. Furthermore, the doctor responsible for the death of the applicant's child had been held liable in civil proceedings, and could as a result also be subject to disciplinary action.

46. The Government added that limitation periods were the strongest possible affirmation of the right to a speedy and equitable trial, as they prevented undue delays before conviction and expired when it was no longer imperative for a sentence to be imposed for the purposes of retribution, deterrence and rehabilitation. In that regard, the Government referred to the decision of the European Commission of Human Rights in *Dujardin and Others v. France* (no. 16734/90, Commission decision of 2 September 1991, Decisions and Reports (DR) 72, p. 236). The Government said that it would make no sense to find a violation of Article 2 of the Convention in the instant case, since the fact that the prosecution of the offence had become time-barred had not prevented the facts from being established, or the doctor being held liable and ordered to pay damages.

47. The Government further said that the States' entitlement to determine priorities for criminal investigations depending on the gravity of the offence also had to be taken into account. In other words, the fact that the present case had occurred in Calabria, a region seriously affected by the presence of a dangerous Mafia organisation (the *n'drangheta*) whose activities posed a far greater threat to the right guaranteed by Article 2 than involuntary manslaughter, was not to be underestimated. The

Government did not therefore find it surprising that that concern and the excessive workload it entailed for the judicial authorities should have led the authorities to treat Mafia offences as a priority, despite the danger that other offences might become time-barred.

### **B. Applicability of Article 2 of the Convention**

48. The Court reiterates that the first sentence of Article 2, which ranks as one of the most fundamental provisions in the Convention and also enshrines one of the basic values of the democratic societies making up the Council of Europe (see, among other authorities, *McCann and Others v. the United Kingdom*, judgment of 27 September 1995, Series A no. 324, pp. 45-46, § 147), enjoins the State not only to refrain from the “intentional” taking of life, but also to take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction (see *L.C.B. v. the United Kingdom*, judgment of 9 June 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-III, p. 1403, § 36).

49. Those principles apply in the public-health sphere too. The aforementioned positive obligations therefore require States to make regulations compelling hospitals, whether public or private, to adopt appropriate measures for the protection of their patients’ lives. They also require an effective independent judicial system to be set up so that the cause of death of patients in the care of the medical profession, whether in the public or the private sector, can be determined and those responsible made accountable (see, among authorities, *Erikson v. Italy* (dec.), no. 37900/97, 26 October 1999, and *Powell v. the United Kingdom* (dec.), no. 45305/99, ECHR 2000-V; see also *Işiltan v. Turkey*, no. 20948/92, Commission decision of 22 May 1995, DR 81-B, p. 35).

50. The Court therefore considers that Article 2 is applicable. It must now determine what judicial response was required in the specific circumstances of the present case.

### **C. Compliance with Article 2 of the Convention**

51. Even if the Convention does not as such guarantee a right to have criminal proceedings instituted against third parties, the Court has said on a number of occasions that the effective judicial system required by Article 2 may, and under certain circumstances must, include recourse to the criminal law (see, among other authorities, *Kılıç v. Turkey*, no. 22492/93, § 62, ECHR 2000-III, and *Mahmut Kaya v. Turkey*, no. 22535/93, § 85, ECHR 2000-III). Accordingly, the Government’s preliminary objection, which the Court has joined to the merits (see paragraph 38 above), must be dismissed. However, if the infringement of the right to life or to personal integrity is not caused intentionally, the positive obligation imposed by

Article 2 to set up an effective judicial system does not necessarily require the provision of a criminal-law remedy in every case. In the specific sphere of medical negligence the obligation may for instance also be satisfied if the legal system affords victims a remedy in the civil courts, either alone or in conjunction with a remedy in the criminal courts, enabling any liability of the doctors concerned to be established and any appropriate civil redress, such as an order for damages and for the publication of the decision, to be obtained. Disciplinary measures may also be envisaged.

52. In the instant case, it was not contested that legal provisions, including criminal-law measures, existed for protecting patients' lives. The applicants' complaint was essentially that no criminal penalty was imposed on the doctor found liable for the death of their child in the criminal proceedings at first instance because of the operation of the time-bar. Nor do the applicants in any way suggest that their child's death was intentional.

53. The Court notes that, in cases of death through medical negligence, the Italian legal system affords injured parties both mandatory criminal proceedings and the possibility of bringing an action in the relevant civil court (see paragraphs 32-33 above). The Government also affirmed, and the applicants did not deny, that disciplinary proceedings could be brought if the doctor was held liable in the civil courts. Consequently, the Italian system offers litigants remedies which, in theory, meet the requirements of Article 2. However, that provision will not be satisfied if the protection afforded by domestic law exists only in theory: above all, it must also operate effectively in practice within a time-span such that the courts can complete their examination of the merits of each individual case.

54. In the instant case, the Court notes that the criminal proceedings instituted against the doctor concerned became time-barred because of procedural shortcomings that led to delays, particularly during the police inquiry and judicial investigation. However, the applicants were also entitled to issue proceedings in the civil courts and that is what they did (see paragraph 29 above). It is true that no finding of liability was ever made against the doctor by a civil court. However, the case file shows that in the civil proceedings in the Cosenza Court of First Instance, the applicants entered into a settlement agreement with the doctor's and the clinic's insurers and voluntarily waived their right to pursue those proceedings (see paragraphs 30-31 above). This could have led to an order against the doctor for the payment of damages and possibly to the publication of the judgment in the press (see paragraph 35 above). As the Government have indicated (see paragraph 45 above), a judgment in the civil court could also have led to disciplinary action against the doctor.

55. The Court accordingly considers that the applicants denied themselves access to the best means – and one that, in the special

circumstances of the instant case, would have satisfied the positive obligations arising under Article 2 – of elucidating the extent of the doctor’s responsibility for the death of their child. In that connection, the Court reiterates, *mutatis mutandis*, that “where a relative of a deceased person accepts compensation in settlement of a civil claim based on medical negligence he or she is in principle no longer able to claim to be a victim” (see *Powell*, decision cited above).

56. That conclusion makes it unnecessary for the Court to examine, in the special circumstances of the instant case, whether the fact that a time-bar prevented the doctor being prosecuted for the alleged offence was compatible with Article 2.

57. The Court therefore holds that no violation of Article 2 of the Convention has been established in the instant case.

### III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 6 § 1 OF THE CONVENTION

58. The applicants also complained about the length of the proceedings as a complaint in its own right, alleging a violation of Article 6 § 1 of the Convention, the relevant part of which reads:

“In the determination of his civil rights and obligations ..., everyone is entitled to a ... hearing within a reasonable time by [a] ... tribunal ...”

#### A. Submissions of the parties

59. The Government argued that the applicants’ complaint under Article 6 § 1 in the instant case did not concern the Italian courts’ decisions on their civil rights and obligations, since, although the applicants had been joined to the criminal proceedings as civil parties, the thrust of their complaint was that the allegedly unreasonable length of the criminal proceedings instituted by the public prosecutor had resulted in the prosecution of the offence becoming time-barred. Since the decision concerning the doctor’s civil liability had been issued in separate proceedings, the applicants could not rely on Article 6 § 1 in connection with the criminal proceedings.

60. Should the Court nevertheless consider Article 6 to be applicable, the Government said that the period to be taken into consideration had begun when the applicants were joined as civil parties. Regard being had to the complexity of the case, the caseload of the Cosenza Court of First Instance and the fact that some of the adjournments had not been attributable to the authorities, that period (which, by the Government’s calculation, taking the applicants’ renewed request to be joined as civil parties as the starting-point, was three years and three months for four levels of jurisdiction) could not be regarded as unreasonable.

Furthermore, the proceedings before the Court of Appeal and the Court of Cassation had been conducted with exemplary speed.

61. The applicants expressed no opinion on this issue.

### **B. Applicability of Article 6 § 1 of the Convention**

62. The Court has joined to the merits the examination of the Government's preliminary objection that Article 6 § 1 is not applicable to the facts of the case (see paragraph 39 above). It notes that it is common ground that the applicants were joined as civil parties and that, accordingly, even though the proceedings in the criminal courts concerned only the determination of the criminal charge against the doctor, they were apt to have repercussions on the claims made by the applicants as civil parties. The Court considers that Article 6 § 1 is applicable to the criminal proceedings, the decisive factor being that, from the moment the applicants were joined as civil parties until the conclusion of those proceedings by a final ruling that prosecution of the offence was time-barred, the civil limb of those proceedings remained closely linked to the criminal limb. In that connection, the applicants were entitled, in accordance with the Court's settled case-law, to rely on Article 6 § 1 (see, among many other authorities, *Torri v. Italy*, judgment of 1 July 1997, *Reports* 1997-IV, p. 1179, § 23). It follows that the Government's preliminary objection must be dismissed.

### **C. Compliance with Article 6 § 1 of the Convention**

#### *1. Period to be taken into consideration*

63. The period to be taken into consideration began on 7 July 1989, when the applicants were first joined as civil parties to the criminal proceedings, and ended on 17 October 1995 when the Catanzaro Court of Appeal's judgment of 3 July 1995 became final (see paragraph 31 above). It therefore lasted six years, three months and ten days.

#### *2. Whether the length of the proceedings was reasonable*

64. The reasonableness of the length of proceedings must be assessed in the light of the particular circumstances of the case and having regard to the criteria laid down in the Court's case-law, in particular the complexity of the case and the conduct of the applicant and of the relevant authorities (see, among many other authorities, *Torri*, cited above, p. 1179, § 24).

65. In the instant case the Court notes that the proceedings concerned were undeniably complex. Further, although after the applicants were initially joined as civil parties to the proceedings on 7 July 1989 the proceedings at first instance were affected by regrettable delays (notably, between E.C.'s committal on 12 June 1991 and the first hearing – a year later, on 2 July 1992 – see paragraphs 18-19 above), there were no further significant periods of inactivity attributable to the authorities (apart from the adjournment of the first hearing, which was caused by a lawyers' strike – see paragraph 19 above).

66. In those circumstances the Court considers that a period of six years, three months and ten days for proceedings before four levels of jurisdiction cannot be regarded as unreasonable.

67. Consequently, there has been no violation of Article 6 § 1 of the Convention.

#### FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Joins* unanimously *to the merits* the Government's preliminary objections;
2. *Holds* by fourteen votes to three that Article 2 of the Convention is applicable but has not been violated;
3. *Holds* by sixteen votes to one that Article 6 § 1 of the Convention is applicable but has not been violated.

Done in English and in French, and notified in writing on 17 January 2002, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Luzius WILDHABER  
President

Paul MAHONEY  
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 Zupančič;
- (b) partly dissenting opinion of Mr Rozakis joined by Mr Bonello and Mrs Strážnická;
- (c) partly dissenting opinion of Mr Costa.

L.W.  
P.J.M.

## CONCURRING OPINION OF JUDGE ZUPANČIČ

I agree with the majority's opinion albeit not for wholly identical reasons.

The issue could also be defined as one of standing, that is to say, whether the *de facto* victim of an act of criminal negligence may claim the right to have the alleged perpetrator of the criminal act prosecuted, convicted, sentenced and punished. The days when criminal prosecutions were conducted in order to satisfy private appetites for retribution are over.

Under the Convention, however, the victim may still have standing to allege that the State has failed to satisfy its positive obligation to protect life under Article 2. If the State's judicial system – intentionally or inadvertently – fails to react to life-endangering criminal acts it may be seen to be wanting in its duty to provide special and general deterrence of such acts. In such circumstances the victim of a life-endangering act will have standing before our Court. This does not imply any personal right to retribution.

It follows, logically, that the issue in this case is not whether the State is generally obliged to prosecute cases of medical negligence that result in death. The real issue is narrower: *Has Italy's judicial system shown sufficient assiduousness?*

The ruling in this, as in every case, is strictly limited to its own factual confines. To say that there was no violation in this case does not mean that medical negligence is hence somehow immune from criminal prosecution.

It only means that there is no violation of the Convention in a case in which medical negligence has resulted in death and the State has duly investigated, prosecuted and convicted the doctor, if for procedural reasons the conviction never became final.



## PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGE ROZAKIS JOINED BY JUDGES BONELLO AND STRÁŽNICKÁ

While I have voted in favour of finding no violation of Article 6 § 1 of the Convention on the issue of the length of proceedings, I am unable to follow the majority in finding that there has been no violation of Article 2 in this case. As clearly transpires from paragraph 54 of the judgment, the majority reached the conclusion of a non-violation on the basis that, although the criminal proceedings instituted against the doctor ended unsatisfactorily through the application of the statute of limitations (prescription), the Italian State did not fail in its obligation to provide effective means to discharge its positive obligation to provide effective recourse to establish the cause of death of the child, as required by Article 2 of the Convention (procedural limb of the protection of the right to life). According to the majority, the applicants had at their disposal the procedural instrument of civil proceedings to establish the responsibility of the doctor. The fact that the applicants opted for a financial settlement of their grievances with the doctor's insurance company, a matter which finally led to the termination of the civil proceedings after the criminal action against the doctor had lapsed through prescription, cannot be attributed to the Italian State, which had provided them with proceedings satisfying the requirements of Article 2.

With all due respect to the majority, I am obliged to depart from such a conclusion for the following reasons.

First of all, and as a matter of principle, criminal proceedings are, *par excellence*, the most suitable remedy for satisfying the procedural requirements of Article 2 of the Convention. The Strasbourg case-law clearly demonstrates that a positive obligation exists for the States parties to the Convention to provide a procedure for effectively investigating deaths and establishing what responsibility, if any, the person(s) had in the taking of human life. Although this rule may not limit the nature of this recourse to criminal proceedings, it is difficult for one to deduce that the existing case-law equates criminal proceedings with civil proceedings as being remedies which both satisfy the requirements of Article 2 of the Convention with equal force (see paragraph 51 of the judgment); that remark holds good quite independently of the fact that the taking of life may be intentional or unintentional, a matter which after all must definitely be decided during and by the proceedings.

Indeed, it is difficult for one to accept that respect for the right to life, as provided for by Article 2, can, in principle, be satisfied by proceedings, which by their nature, are not designed to protect the fundamental values of society, to show public disapproval of the taking of life or – on the other side of the coin – to establish any liability through a thorough examination

of the circumstances which led to the death. Criminal proceedings contain exactly these safeguards. While, in contrast, civil proceedings are basically intended to satisfy private interests, material aspects of human transactions, they do not satisfy the requirement of expressing public disapproval of a serious offence, such as the taking of life, and do not usually guarantee a complete and exhaustive investigation into the cause of death, and the full factual background. Under these circumstances, considering civil proceedings as a satisfactory means of recourse satisfying the requirements of Article 2 amounts to a debasement of the protection of the right to life provided for by this Article; it amounts to a “privatisation” of the protection of the right to life.

A second argument militating in favour of a violation of Article 2 in this case is that the Italian legal system, in compliance with the overriding public concern for the protection of the right to life, does provide for recourse to criminal proceedings to establish responsibility for the taking of life, intentional or unintentional. For the Italian legal system this is the correct reading of the protection of the right to life and of Article 2 of the Convention. Ought then the European Court of Human Rights, applying minimal standards of protection, suggest to the Italian State that civil proceedings (which obviously fulfil a distinct function in the Italian legal system in so far as the protection of life is concerned) satisfy the requirements of Article 2? Can the European Court of Human Rights implicitly say to Italy and to all other States which provide for criminal proceedings in cases of the taking of life, that their procedural rules are luxuriously redundant, in so far as unintentional taking of life is concerned, and that their civil proceedings concerning compensation to the victims satisfy fully the needs of the Convention? I do not think so; and for these reasons I consider that the fact that the Italian courts have failed to deal effectively with the establishment of the doctor’s liability through the criminal proceedings instituted against him, amounts to a violation of Article 2 of the Convention.

## PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGE COSTA

(Translation)

I agree with the majority of my colleagues that there has been no violation of Article 2 of the Convention in this sad case. However, I do not share their opinion with regard to Article 6 § 1.

The complaint was a familiar one, especially in applications against Italy, namely that the proceedings were unreasonably lengthy. Despite the defects of the Italian judicial system, which it is to be hoped the recent Pinto law will help to remedy domestically, personally I have always been opposed to resorting to a sort of presumption of a violation of Article 6 that would lead to complaints of this type being upheld “automatically” (I refer on this subject to my dissenting opinion annexed to *Di Mauro v. Italy* [GC], no. 34256/96, ECHR 1999-V). The Court must examine each case on its facts using the criteria long since established in its case-law as a yardstick: the complexity of the case, the conduct of the parties (particularly of the applicant or applicants) in the domestic proceedings, the failings or delays attributable to the judicial authorities themselves and, lastly, what was at stake in the dispute.

It seems to me that if the facts of the instant case are examined using those criteria the conclusion must be that the proceedings were unduly long. In my opinion, the case did not give rise to any clearly complex issues (even though the majority categorically affirm the contrary at the beginning of paragraph 65 of the judgment): this was a tragic – but unfortunately all too common – case of post-natal complications leading to a child’s death two days after birth. Even though expert witnesses were appointed, as is usual in such cases, the issue of the doctor’s liability for involuntary manslaughter does not appear to me to have been complicated either factually or in law. There is no suggestion in the judgment that the parties were responsible for any of the delays (the subject is not even mentioned), but the majority accept, in paragraph 65, that the proceedings were affected by “regrettable delays” attributable to the judicial authorities both directly (an almost thirteen-month gap between the accused’s committal and the first hearing and other culpable delays – see paragraphs 18-19 of the judgment) and indirectly (a three-and-a-half-month adjournment because of a lawyers’ strike on the date originally scheduled for the hearing). Lastly, a great deal was at stake in the litigation: the applicants sought the doctor’s conviction together with an order for damages. For the parents, who lost their child when, according to the domestic courts, the accused had been aware that the birth had to be regarded as high risk in view of the mother’s past history, what was at stake was of no small consequence.

I might nonetheless have been able, at a pinch, to accept that the length of the proceedings was not unreasonable, as, if the starting-point is deemed to be the date the parents were joined as civil parties (7 July 1989) and not the date they lodged their criminal complaint (10 February 1987) – and here I agree with paragraph 66 of the judgment – the proceedings lasted “only” six years, three months and ten days for four levels of jurisdiction (compare with *Di Mauro*, cited above).

However, one factor, which in my view is decisive, tilts the balance. At the end of that period, the court of appeal hearing the case on remittal from the Court of Cassation, held that the prosecution of the offence was *time-barred*. It is not a question of examining in the abstract whether the Italian rules of limitation in criminal proceedings are compatible with the Convention, although it is worth observing that under most systems time ceases to run when steps have been taken to prosecute, and *a fortiori* when the criminal proceedings themselves have been instituted. Be that as it may, the practical consequence in the instant case was that the delays in the proceedings proved favourable to the accused and above all extinguished the applicants’ right of access to a court, even though that right is afforded no less protection by Article 6 § 1 than the right to proceedings within a reasonable time. That aggravating – and inevitably frustrating – factor, a perverse effect of a system that makes the pursuit of criminal proceedings conditional on their being conducted expeditiously when it is well-known that the procedure is too slow generally, leads me to find that Article 6 § 1 of the Convention was violated in the instant case to the applicants’ detriment. This explains why my vote placed me in a (very small) minority on this point.

ČONKA c. BELGIQUE  
(Requête n° 51564/99)

TROISIÈME SECTION<sup>1</sup>

ARRÊT DU 5 FÉVRIER 2002<sup>2</sup>

---

1. Dans sa composition antérieure au 1<sup>er</sup> novembre 2001.

2. Texte français original.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Arrestation d'étrangers en vue de leur expulsion alors qu'ils avaient été convoqués pour compléter leur demande d'asile  
Expulsion collective****Article 5 § 1 f)**

*Arrestation régulière – Arrestation d'étrangers en vue de leur expulsion alors qu'ils avaient été convoqués pour compléter leur demande d'asile – Expulsion – Comportement trompeur des autorités*

**Article 5 § 2**

*Information sur les raisons de l'arrestation – Arrestation d'étrangers en vue de leur expulsion alors qu'ils avaient été convoqués pour compléter leur demande d'asile – Notifications des raisons de l'arrestation – Présence d'un interprète*

**Article 5 § 4**

*Introduire un recours – Détenus dans l'impossibilité d'exercer les recours existants*

**Article 13**

*Recours effectif – Expulsion – Recours en suspension – Recours sans effet suspensif*

**Article 4 du Protocole n° 4**

*Interdiction d'expulsions collectives d'étrangers – Examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des étrangers menacés d'expulsion – Absence de garanties suffisantes attestant d'une prise en compte réelle et différenciée de la situation individuelle de chaque personne*

\*  
\*   \*

Les requérants, ressortissants slovaques d'origine tsigane, affirmaient avoir fui leur pays après avoir été victimes d'agressions racistes et en raison de l'inertie de la police. En novembre 1998, ils arrivèrent en Belgique où ils demandèrent l'asile politique. Le 3 mars 1999 leurs demandes d'asile furent déclarées irrecevables; les décisions de refus étaient accompagnées d'autres décisions leur refusant l'accès au territoire, elles-mêmes assorties d'un ordre de quitter le territoire dans les cinq

---

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

jours. Le 5 mars 1999, les requérants introduisirent un recours urgent contre ces décisions auprès du Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides. Le 18 juin 1999, le Commissariat général confirma les décisions leur refusant le séjour et précisa que le délai de cinq jours recommençait à courir. Le 28 octobre 1999, les recours en annulation et en suspension d'exécution formés par les requérants contre la décision du 18 juin furent rayés du rôle par le Conseil d'Etat. Fin septembre 1999, la police convoqua pour le 1<sup>er</sup> octobre plusieurs dizaines de familles tsiganes slovaques dont les quatre requérants. La convocation indiquait que la mesure avait pour but de compléter le dossier relatif à leur demande d'asile. Au commissariat, les requérants se virent remettre un nouvel ordre de quitter le territoire daté du 29 septembre 1999, accompagné d'une décision de remise à la frontière slovaque et de privation de liberté à cette fin. Le document, qui présentait un libellé identique pour tous, indiquait comme recours disponibles un recours en annulation et en suspension au Conseil d'Etat contre la décision d'expulsion, et un recours à la chambre du conseil du tribunal correctionnel contre la privation de liberté. Un interprète maîtrisant la langue slovaque était présent au commissariat. Quelques heures plus tard, les requérants furent emmenés avec d'autres familles tsiganes dans un centre fermé de transit. Le 1<sup>er</sup> octobre 1999, à 22 h 30, le conseil des requérants fut informé de la détention de ses clients. Il prit contact avec l'Office des étrangers demandant qu'ils ne soient pas éloignés mais n'intenta pas de recours contre les décisions d'éloignement et de privation de liberté. Le 5 octobre, les familles furent embarquées dans un avion pour la Slovaquie.

1. Article 5 § 1: l'arrestation litigieuse ayant eu lieu en vue de l'expulsion des requérants du territoire belge, l'article 5 § 1 f) s'applique donc en l'espèce. En effet, cette disposition exige seulement qu'une procédure d'expulsion soit en cours. S'agissant de la régularité d'une détention, y compris de 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 exige de surcroît la conformité de toute privation de liberté au but de l'article 5: protéger l'individu contre l'arbitraire. S'il n'est pas exclu que la police puisse légitimement user de stratagèmes afin, par exemple, de mieux déjouer des activités criminelles, en revanche le comportement de l'administration qui cherche à donner confiance à des demandeurs d'asile en vue de les arrêter puis de les expulser, comme en l'espèce, n'est pas à l'abri de critiques au regard des principes généraux énoncés par la Convention ou en découlant implicitement. Si la rédaction de la convocation au commissariat était malencontreuse, elle n'était pas pour autant le résultat d'une inadvertance, mais était au contraire destinée à inciter le plus grand nombre des destinataires à y donner suite. La liste des exceptions au droit à la liberté figurant à l'article 5 § 1 revêt un caractère exhaustif et seule une interprétation étroite cadre avec le but de cette disposition. Cette exigence doit se refléter également dans la fiabilité des communications, comme celles adressées aux requérants, et cela que les intéressés se trouvent en séjour régulier ou non. Le fait que, dans le cadre d'une opération planifiée d'expulsion et dans un souci de facilité ou d'efficacité, l'administration décide consciemment de tromper des personnes, même en situation illégale, par le biais d'une convocation, pour pouvoir les priver de leur liberté, n'est donc pas compatible avec l'article 5. Cet



élément est à prendre en considération s'agissant de la question de l'exception préliminaire du Gouvernement, dont l'examen avait été joint au fond. En l'espèce, un certain nombre d'éléments ont affecté l'accessibilité du recours invoqué par le Gouvernement. En particulier, l'avocat des requérants n'a été informé des événements litigieux et de la situation de ses clients que le 1<sup>er</sup> octobre 1999, à 22 h 30, ce qui rendait vain tout recours à la chambre du conseil du tribunal correctionnel, puisqu'en saisissant celle-ci dès le 4 octobre, l'affaire n'aurait pas pu être plaidée avant le 6 octobre, alors que les requérants ont été expulsés le 5 octobre. Or la qualité d'accessibilité d'un recours au sens de l'article 35 § 1 implique que les circonstances volontairement créées par les autorités soient telles que les intéressés aient une possibilité réaliste de l'intenter, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. L'exception préliminaire du Gouvernement doit dès lors être rejetée.

*Conclusion* : violation (unanimité).

2. Article 5 § 2 : à leur arrivée au commissariat de police, les requérants se sont vu notifier la décision ordonnant leur arrestation. Le document qui leur a été remis à cet effet indiquait que celle-ci avait été ordonnée en vertu de la loi sur les étrangers afin de les empêcher de se soustraire à leur éloignement du territoire. Lors de l'arrestation des requérants au commissariat de police, un interprète maîtrisant la langue slovaque était présent, dans le but de les renseigner sur le contenu des communications orales et écrites qui leur étaient faites, et en particulier du document prescrivant leur arrestation. Même si, à elles seules, ces mesures ne suffisaient pas à permettre aux requérants de pouvoir utilement saisir la chambre du conseil, les renseignements qui leur ont été ainsi fournis remplit néanmoins les exigences du deuxième paragraphe de l'article 5.

*Conclusion* : non-violation (unanimité).

3. Article 5 § 4 : les arguments du Gouvernement se confondent avec ceux présentés au titre de son exception préliminaire quant aux griefs fondés sur l'article 5 §§ 1, 2 et 4, aussi faut-il se référer à la conclusion selon laquelle les requérants étaient dans l'impossibilité de saisir utilement la chambre du conseil du tribunal correctionnel. En conséquence, il n'y a pas lieu de statuer sur le point de savoir si l'étendue des compétences de la chambre du conseil satisfait aux exigences du quatrième paragraphe de l'article 5.

*Conclusion* : violation (unanimité).

4. Article 4 du Protocole n° 4 : il faut entendre par expulsion collective, au sens de cet article, toute mesure contraignant des étrangers, en tant que groupe, à quitter un pays, sauf dans les cas dans lesquels une telle mesure est prise à l'issue et sur la base d'un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des étrangers qui forment le groupe. Cela ne signifie pas pour autant que lorsque cette dernière condition est remplie, les circonstances entourant la mise en œuvre de décisions d'expulsion ne jouent plus aucun rôle dans l'appréciation du respect de l'article 4 du Protocole n° 4. En l'espèce, les demandes d'asile des requérants ont fait l'objet de décisions de rejet en mars et juin 1999, fondées sur des motifs tirés de leur situation personnelle. Toutefois, les mesures de détention et d'éloignement litigieuses ont été prises en exécution d'un ordre de quitter le territoire de septembre 1999, lequel était fondé uniquement sur la loi sur les étrangers, sans autre référence à la situation personnelle des intéressés que le fait que leur séjour en Belgique excédait trois mois. Aucune référence à la demande d'asile des

requérants ni aux décisions de mars et juin 1999 n'apparaît. Si ces décisions étaient assorties d'un ordre de quitter le territoire, cela n'autorisait pas pour autant l'arrestation des requérants. Celle-ci a donc été permise pour la première fois par l'ordre de septembre 1999, sur un fondement légal étranger à leur demande d'asile, mais suffisant pour entraîner la mise en œuvre des mesures critiquées. Au vu de ce qui précède et du grand nombre de personnes de même origine ayant connu le même sort que les requérants, le procédé suivi n'est pas de nature à exclure tout doute sur le caractère collectif de l'expulsion critiquée. Ces doutes se trouvent renforcés par un ensemble d'éléments, et notamment le fait que, préalablement à l'opération litigieuse, les instances politiques avaient annoncé des opérations de ce genre et donné des instructions à l'administration compétente en vue de leur réalisation, que tous les intéressés ont été convoqués simultanément au commissariat, que les ordres de quitter le territoire et d'arrestation qui leur ont été remis présentaient un libellé identique, qu'il était très difficile pour les intéressés de prendre contact avec un avocat et, enfin, que la procédure d'asile n'était pas encore terminée. En définitive, à aucun stade de la période allant de la convocation des intéressés au commissariat à leur expulsion, la procédure suivie n'offrait des garanties suffisantes attestant d'une prise en compte réelle et différenciée de la situation individuelle de chacune des personnes concernées.

*Conclusion* : violation (quatre voix contre trois).

5. Article 13: L'effectivité des recours exigés par cet article suppose qu'ils puissent empêcher l'exécution des mesures contraires à la Convention et dont les conséquences sont potentiellement irréversibles. Ainsi, l'article 13 s'oppose à ce que pareilles mesures soient exécutées avant même l'issue de l'examen par les autorités nationales de leur compatibilité avec la Convention. Les Etats contractants jouissent toutefois d'une certaine marge d'appréciation quant à la manière de se conformer aux obligations que leur fait l'article 13. En l'espèce, le Conseil d'Etat était appelé à examiner au fond les griefs des requérants dans le cadre du recours en annulation que ces derniers avaient introduit. En prévision du temps que prendrait cet examen et eu égard au fait qu'ils étaient menacés d'expulsion, les requérants ont assorti leur recours en annulation d'un recours en suspension ordinaire. Selon le Gouvernement, les requérants auraient dû agir en suspension d'extrême urgence. Cependant, le recours en suspension ordinaire fait partie des recours qui, d'après le document contenant la décision de juin 1999, s'offraient aux requérants pour attaquer celle-ci. Sachant que d'après cette décision les requérants ne disposaient que de cinq jours pour quitter le territoire national, que le recours en suspension ordinaire n'est pas lui-même suspensif et que le Conseil d'Etat dispose de quarante-cinq jours pour statuer sur un tel recours, la seule mention de celui-ci parmi les recours disponibles était, pour le moins, de nature à créer la confusion chez les requérants. Le recours en suspension d'extrême urgence quant à lui n'est pas non plus suspensif. Le Gouvernement souligne que le président de la chambre peut convoquer à tout moment les parties et, le cas échéant, ordonner la suspension de la mesure d'éloignement avant son exécution, l'administration n'étant pas tenue juridiquement d'attendre la décision du Conseil d'Etat pour procéder à l'éloignement. Pour pallier cela, le Conseil d'Etat a adopté des instructions prévoyant notamment qu'en cas de requête de suspension d'extrême urgence le

greffier prenne contact avec l'Office des étrangers pour s'assurer de la date prévue pour le rapatriement afin de la prendre en compte. Un tel système appelle deux remarques. Premièrement, il ne saurait être exclu dans la mesure où la suspension est accordée sur demande, au cas par cas, qu'elle puisse être refusée à tort, si par exemple la décision d'expulsion est annulée ultérieurement sur le fond pour non-respect de la Convention. Dès lors, le recours exercé par l'intéressé n'aurait pas le caractère effectif requis par l'article 13. Deuxièmement, quand bien même ce risque d'erreur serait négligeable, il apparaît que l'administration n'est pas tenue de surseoir à l'exécution de la mesure d'expulsion tant que le référé d'extrême urgence est pendant, pas même au cours d'un délai minimum qui permettrait au Conseil d'Etat de statuer. De plus, c'est au Conseil d'Etat de s'enquérir des intentions de l'administration quant aux expulsions envisagées et d'agir en conséquence, mais rien ne semble l'obliger à le faire. Enfin, c'est en vertu de simples instructions internes que, dans ce but, le greffier du Conseil d'Etat prend contact avec l'administration, sans que soient connues les conséquences d'une éventuelle omission. En définitive, le requérant n'a aucune garantie de voir le Conseil d'Etat et l'administration se conformer dans tous les cas à la pratique décrite, ni, *a fortiori*, de voir le Conseil d'Etat statuer, ou même siéger, avant son expulsion, ou l'administration respecter un délai minimum raisonnable. Ce sont autant d'éléments trop aléatoires pour pouvoir satisfaire aux exigences de l'article 13. Quant à l'engorgement du rôle du Conseil d'Etat et aux risques d'abus, l'article 13 astreint les Etats contractants à organiser leurs juridictions de manière à leur permettre de répondre aux exigences de cette disposition, et l'importance de cet article en vue du maintien du caractère subsidiaire du système de la Convention doit être soulignée. En conclusion, les requérants ne disposaient pas d'un recours remplissant les conditions de l'article 13 et l'exception opposée au grief tiré d'une violation de l'article 4 du Protocole n° 4 doit être rejetée.

*Conclusion* : violation (quatre voix contre trois).

Article 41 : la Cour alloue une somme au titre du préjudice moral et une autre au titre des frais et dépens.

### Jurisprudence citée par la Cour

*Bozano c. France*, arrêt du 18 décembre 1986, série A n° 111

*Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni*, arrêt du 30 août 1990, série A n° 182

*Murray c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 octobre 1994, série A n° 300-A

*Süßmann c. Allemagne*, arrêt du 16 septembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV

*Akdivar et autres c. Turquie*, arrêt du 16 septembre 1996, *Recueil* 1996-IV

*Chahal c. Royaume-Uni*, arrêt du 15 novembre 1996, *Recueil* 1996-V

*K.-F. c. Allemagne*, arrêt du 27 novembre 1997, *Recueil* 1997-VII

*Matthews c. Royaume-Uni* [GC], n° 24833/94, CEDH 1999-I

*Andric c. Suède* (déc.), n° 45917/99, 23 février 1999

*Iatridis c. Grèce* [GC], n° 31107/96, CEDH 1999-II

*Jabari c. Turquie*, n° 40035/98, CEDH 2000-VIII

*Kudla c. Pologne* [GC], n° 30210/96, CEDH 2000-XI



**En l'affaire Čonka c. Belgique,**

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

MM. J.-P. COSTA, *président*,

W. FUHRMANN,

P. KÜRIS,

K. JUNGWIERT,

Sir Nicolas BRATZA,

MM. K. TRAJA, *juges*,

J. VELAERS, *juge ad hoc*,

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

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 15 mai 2001 et  
15 janvier 2002,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 51564/99) dirigée contre le Royaume de Belgique et dont quatre ressortissants slovaques, M. Ján Čonka, M<sup>me</sup> Mária Čonková, M<sup>lle</sup> Nad'a Čonková et M<sup>lle</sup> Nikola Čonková («les requérants»), ont saisi la Cour le 4 octobre 1999, en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales («la Convention»).

2. Les requérants se plaignaient en particulier, sur le terrain des articles 5 et 13 de la Convention et 4 du Protocole n° 4 à la Convention, des conditions de leur arrestation et de leur expulsion vers la Slovaquie.

3. 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. A la suite du déport de M<sup>me</sup> F. Tulkens, juge élue au titre de la Belgique (article 28), le gouvernement belge («le Gouvernement») a désigné M. J. Velaers pour siéger en qualité de juge *ad hoc* (articles 27 § 2 de la Convention et 29 § 1 du règlement).

4. Par une décision du 13 mars 2001, la chambre a déclaré la requête partiellement recevable<sup>1</sup>.

5. Tant les requérants que le Gouvernement ont déposé des observations écrites sur le fond de l'affaire (article 59 § 1 du règlement).

6. Une audience s'est déroulée en public au Palais des Droits de l'Homme, à Strasbourg, le 15 mai 2001 (article 59 § 2 du règlement).

---

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

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M. C. DEBRULLE, directeur général  
 au ministère de la Justice, *agent,*  
 M<sup>c</sup> R. ERGEC, avocat, *conseil,*  
 MM. F. BERNARD,  
 F. ROOSEMONT,  
 T. MICHAUX,  
 P. SMETS,  
 J. GILLIAUX,  
 M<sup>m</sup>c I. VERHEVEN, *conseillers ;*

– *pour les requérants*

MM. G.-H. BEAUTHIER,  
 N. VAN OVERLOOP,  
 O. DE SCHUTTER, *conseils.*

La Cour a entendu en leurs déclarations, et en leurs réponses à ses questions, M<sup>c</sup> Beauthier, M. de Schutter, M<sup>c</sup> Ergec, M<sup>c</sup> van Overloop et M. Gilliaux.

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

7. M. Ján Čonka, M<sup>m</sup>c Mária Čonková, M<sup>ll</sup>c Nad'a Čonková et M<sup>ll</sup>c Nikola Čonková sont des ressortissants slovaques d'origine tzigane, nés respectivement en 1960, 1961, 1985 et 1991. Les deux premiers nommés sont les parents des deux dernières nommées.

8. Les requérants affirment que, de mars à novembre 1998, ils furent plusieurs fois violemment agressés par des skinheads en République slovaque. En novembre 1998, M. Čonka aurait même, lors de l'une de ces agressions, été sérieusement blessé, au point de devoir être hospitalisé. La police aurait été appelée mais aurait refusé d'intervenir. Quelques jours plus tard, les époux Čonka auraient à nouveau été insultés et menacés par des skinheads. A cette occasion aussi, la police aurait refusé d'intervenir.

Ces menaces permanentes auraient incité les requérants à fuir la Slovaquie pour la Belgique, où ils arrivèrent au début du mois de novembre 1998, M. Čonka et ses deux enfants mineures le 6 novembre, M<sup>m</sup>c Čonková deux jours plus tard.

### A. La demande d'asile des requérants

9. Le 12 novembre 1998, les requérants demandèrent l'asile politique en Belgique.

10. Le 3 mars 1999, les demandes d'asile furent déclarées irrecevables par le ministre de l'Intérieur, direction générale de l'Office des étrangers, au motif que les intéressés n'apportaient pas assez d'éléments indiquant qu'en Slovaquie leur vie serait en danger au sens de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés. Les décisions refusant le séjour étaient accompagnées de décisions de refus d'accès au territoire, elles-mêmes munies d'un ordre de quitter le territoire dans les cinq jours.

11. Le 5 mars 1999, les requérants introduisirent contre les décisions refusant le séjour un recours urgent auprès du Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides (« le Commissaire général »).

12. Le 14 avril 1999, M. Čonka fut invité à se présenter le 22 avril au Commissariat général, pour s'expliquer sur les motifs de sa demande d'asile. Il ne donna pas suite à cette convocation.

13. Le 23 avril 1999, M<sup>me</sup> Čonková fut entendue, assistée d'un interprète, par les services du Commissaire général à la prison de Gand, où elle se trouvait en détention préventive. Le 17 mai 1999, elle fut condamnée à huit mois de prison, pour vol, par le tribunal correctionnel de Gand.

14. Le 18 juin 1999, le Commissariat général confirma les décisions de l'Office des étrangers refusant le séjour des requérants. S'agissant de M. Čonka, il fonda sa décision sur le fait que, sans avancer de motifs valables, l'intéressé n'avait pas donné suite à sa convocation. Au sujet de M<sup>me</sup> Čonková, le Commissaire général releva, sur quelque deux pages de motivation, des contradictions importantes dans sa déposition et émit de sérieux doutes quant à sa crédibilité.

Ainsi M<sup>me</sup> Čonková déclara-t-elle entre autres que, le 4 novembre 1998, son époux, M. Čonka, avait été violemment attaqué par des skinheads, au point d'avoir dû être transporté à l'hôpital. La requérante aurait appelé la police, mais celle-ci ne serait pas intervenue. Cet incident aurait été la cause directe de leur décision de fuir la Slovaquie. Or, d'après le Commissaire général, cette déclaration était contredite par le fait que le billet d'avion avec lequel la requérante a voyagé avait déjà été émis le 2 octobre 1998 et que les tickets de bus avec lesquels son époux et ses enfants sont venus en Belgique avaient été émis le 2 novembre 1998, c'est-à-dire avant l'incident cité du 4 novembre. En outre la version de cet incident présentée par M<sup>me</sup> Čonková ne concordait pas, d'après le Commissaire général, avec la version de sa belle-fille, notamment quant au point important de savoir si la police était intervenue.

Les décisions du Commissaire général précisèrent que les requérants pouvaient être reconduits à la frontière du pays qu'ils avaient fui, c'est-à-

dire la Slovaquie, et que le délai de cinq jours pour quitter le territoire, lequel délai avait été suspendu par l'introduction du recours urgent, recommençait à courir avec la notification des décisions aux requérants.

15. Le 24 juin 1999, M<sup>me</sup> Čonková fut mise en liberté et se vit remettre un nouvel ordre de quitter le territoire dans les cinq jours, soit pour le 29 juin à minuit.

16. Le 3 août 1999, les requérants introduisirent devant le Conseil d'Etat des recours en annulation de la décision du 18 juin 1999, accompagnés de demandes en suspension ordinaire. Les requérants demandèrent également le bénéfice de l'assistance judiciaire.

17. Le 23 septembre 1999, le Conseil d'Etat rejeta les demandes d'assistance judiciaire, au motif qu'elles n'étaient pas accompagnées du certificat d'indigence requis à cet effet par l'article 676, 3<sup>o</sup>, du code judiciaire. En effet, à la demande de M<sup>me</sup> Čonková était jointe une copie dudit certificat au lieu de l'original. En conséquence, les ordonnances de rejet invitèrent les requérants à payer les droits dans les quinze jours de leur notification. Aucune suite n'ayant été donnée à cette invitation, les recours en annulation et en suspension furent rayés du rôle le 28 octobre 1999.

## **B. L'arrestation et l'expulsion des requérants**

18. Fin septembre 1999, la police de la ville de Gand convoqua pour le 1<sup>er</sup> octobre 1999 plusieurs dizaines de familles tsiganes slovaques, dont les requérants. Rédigée en néerlandais et en slovaque, la convocation indiquait que la mesure avait pour but de compléter le dossier relatif à leur demande d'asile.

19. Au commissariat, où était aussi présent un interprète maîtrisant la langue slovaque, les requérants se virent remettre un nouvel ordre de quitter le territoire, daté du 29 septembre 1999 et accompagné d'une décision de remise à la frontière slovaque et de privation de liberté à cette fin. Le document, qui présentait un libellé identique pour tous, indiquait, comme recours disponibles, un recours en annulation et en suspension au Conseil d'Etat contre la décision d'expulsion, à introduire dans les soixante jours de la notification de la décision, et un recours à la chambre du conseil du tribunal correctionnel contre la privation de liberté. Certaines personnes convoquées auraient néanmoins été autorisées à quitter librement le commissariat, selon le Gouvernement, pour des motifs humanitaires ou administratifs.

20. Quelques heures plus tard, les requérants furent emmenés, avec d'autres familles tsiganes et en compagnie de l'interprète, au centre fermé de transit de Steenokkerzeel, dit le centre «127 bis», près de l'aéroport de Bruxelles. Il semble que l'interprète ne soit resté que



quelque temps au centre. Selon le Gouvernement, il aurait pu être rappelé à la demande des intéressés. De leur côté, ceux-ci prétendent qu'on leur aurait dit que plus aucun recours ne pouvait être introduit contre la décision d'éloignement prise à leur égard.

21. Pendant leur séjour, les familles slovaques reçurent la visite d'une délégation de parlementaires belges, du consul de Slovaquie, de délégués de certaines organisations non gouvernementales et de médecins. Le vendredi 1<sup>er</sup> octobre 1999 à 22 h 30, le conseil des requérants, M<sup>r</sup> van Overloop, a été informé de la détention de ses clients par l'intermédiaire du président de la Ligue des droits des Roms. Se considérant toujours mandaté par les requérants, M<sup>r</sup> van Overloop envoya le 4 octobre 1999 un fax à l'Office des étrangers informant celui-ci que les requérants se trouvaient dans le centre de transit 127 *bis* en vue d'être rapatriés en Slovaquie; il demandait de ne pas les éloigner, au motif qu'ils devaient prendre soin d'un membre de leur famille qui était hospitalisé. En revanche, M<sup>r</sup> van Overloop n'a pas intenté de recours contre les décisions d'éloignement et de privation de liberté du 29 septembre 1999.

22. Le 5 octobre 1999, les familles concernées furent conduites vers l'aéroport militaire de Melsbroek. Sur place, les passagers se virent inscrire sur la main, au stylo à bille, le numéro du siège qui leur était attribué dans l'avion. Celui-ci quitta la Belgique pour la Slovaquie à 17 h 45.

23. Peu après, le ministre de l'Intérieur déclara, en réponse à une question parlementaire posée le 23 décembre 1999:

« En raison de la concentration de demandeurs d'asile de nationalité slovaque à Gand, un rapatriement collectif en Slovaquie a été organisé. (...) Des rapports que j'ai reçus du bourgmestre de Gand et du Directeur général de l'Office des étrangers, il ressort que cette opération a été correctement préparée, même si la rédaction malencontreuse de la lettre adressée par la police de Gand à un certain nombre de Slovaques a pu les induire en erreur. Tant l'Office des étrangers que les services de police de la ville de Gand ont été surpris par le grand nombre de Slovaques répondant à la convocation qui leur avait été adressée. Cet élément de fait eut pour conséquence la détention de ces personnes dans le centre 127bis en vue de leur éloignement quelques jours plus tard. (...) »

## II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

### A. La loi sur les étrangers

24. En droit belge, la procédure relative à la reconnaissance du statut de réfugié est régie par la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers (« la loi sur les étrangers ») et par l'arrêté royal du 8 octobre 1981 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.

La procédure de reconnaissance de la qualité de réfugié comprend deux phases. La première phase, dite de la recevabilité, porte sur l'admissibilité au statut, tandis que la seconde porte sur l'éligibilité au statut.

Les autorités habilitées à intervenir au cours de l'examen de la recevabilité sont l'Office des étrangers et, sur recours, le Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides, comme autorités administratives, et le Conseil d'Etat, au titre du contentieux de l'annulation. Au cours de la phase de l'éligibilité, ce sont le Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides, comme autorité administrative, la Commission permanente de recours des réfugiés, comme juridiction administrative, et le Conseil d'Etat, comme juge de cassation administrative. Enfin, la chambre du conseil du tribunal correctionnel est compétente pour connaître des recours dirigés contre des mesures privatives de liberté prises en cours de procédure ou à la fin de celle-ci (voir ci-dessous).

25. Les dispositions de la loi sur les étrangers applicables en l'espèce se lisent ainsi:

#### Article 6

«Sauf dérogations prévues par un traité international, par la loi ou par un arrêté royal, l'étranger ne peut demeurer plus de trois mois dans le Royaume, à moins que le visa ou l'autorisation tenant lieu de visa, apposé sur son passeport ou sur le titre de voyage en tenant lieu, ne fixe une autre durée.

(...)»

#### Article 7

«Sans préjudice des dispositions plus favorables contenues dans un traité international, le Ministre ou son délégué peut donner l'ordre de quitter le territoire avant une date déterminée, à l'étranger qui n'est ni autorisé ni admis à séjourner plus de trois mois ou à s'établir dans le Royaume :

(...)

2° s'il demeure dans le Royaume au-delà du délai fixé conformément à l'article 6, ou ne peut apporter la preuve que ce délai n'est pas dépassé;

(...)

Dans les mêmes cas, si le Ministre ou son délégué l'estime nécessaire, il peut faire ramener sans délai l'étranger à la frontière.

L'étranger peut être détenu à cette fin pendant le temps strictement nécessaire à l'exécution de la mesure sans que la durée de la détention puisse dépasser deux mois.»

#### Article 8

«L'ordre de quitter le territoire ou la décision de remise à la frontière indique la disposition de l'article 7 qui est appliquée.»

**Article 57/2**

«Il est créé, auprès du Ministre, un «Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides». Celui-ci comprend un Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides et ses deux adjoints. Le Commissaire général et ses adjoints prennent leurs décisions et émettent leurs avis en toute indépendance.»

**Article 57/3**

«Le Commissaire général dirige le Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides.

Le Commissaire général est nommé par le Roi, par arrêté délibéré en conseil des Ministres, sur proposition du Ministre.

Le Commissaire général est nommé pour une période de cinq ans. Son mandat peut être renouvelé.

(...)»

**Article 63/2 § 1**

«La décision par laquelle le Ministre ou son délégué, refuse, en application de l'article 52, l'entrée, le séjour ou l'établissement dans le Royaume à l'étranger qui se déclare réfugié, peut donner lieu à un recours urgent auprès du Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides.»

**Article 71**

«L'étranger qui fait l'objet d'une mesure privative de liberté prise en application des articles 7, 25, 27, 29, alinéa 2, 51/5 § 3, alinéa 4, 52bis, alinéa 4, 54, 63/5, alinéa 3, 67 et 74/6 peut introduire un recours contre cette mesure en déposant une requête auprès de la chambre du conseil du tribunal correctionnel du lieu de sa résidence dans le Royaume ou du lieu où il a été trouvé.

(...)

L'intéressé peut réintroduire le recours visé aux alinéas précédents de mois en mois.

(...)»

**Article 72**

«La chambre du conseil statue dans les cinq jours ouvrables du dépôt de la requête après avoir entendu l'intéressé ou son conseil en ses moyens et le ministère public en son avis.

(...) Si la chambre du conseil n'a pas statué dans le délai fixé, l'étranger est mis en liberté.

Elle vérifie si les mesures privatives de liberté et d'éloignement du territoire sont conformes à la loi sans pouvoir se prononcer sur leur opportunité.

Les ordonnances de la chambre du conseil sont susceptibles d'appel de la part de l'étranger, du ministère public et, dans le cas prévu à l'article 74, du Ministre ou son délégué.

Il est procédé conformément aux dispositions légales relatives à la détention préventive, sauf celles relatives au mandat d'arrêt, au juge d'instruction, à l'interdiction de communiquer, à l'ordonnance de prise de corps, à la mise en liberté provisoire ou sous caution, et au droit de prendre communication du dossier administratif.

Le conseil de l'étranger peut consulter le dossier au greffe du tribunal compétent pendant les deux jours ouvrables qui précèdent l'audience.

Le greffier en donnera avis au conseil par lettre recommandée.»

### Article 73

«Si la Chambre du Conseil décide de ne pas maintenir l'arrestation, l'étranger est remis en liberté dès que la décision est coulée en force de chose jugée.

Le Ministre peut enjoindre à cet étranger de résider en un lieu déterminé soit jusqu'à l'exécution de la mesure d'éloignement du territoire dont il fait l'objet, soit jusqu'au moment où il aura été statué sur sa demande en révision.»

26. Par un arrêt du 14 mars 2001, la Cour de cassation a cassé un arrêt par lequel, le 23 janvier 2001, la chambre des mises en accusation de la cour d'appel de Liège avait ordonné la mise en liberté d'un étranger au motif qu'en interprétant l'absence d'effet suspensif d'un recours au Conseil d'Etat comme autorisant le renvoi forcé de l'étranger se trouvant en situation illégale, l'administration le privait d'un recours effectif organisé par la loi, en violation de l'article 13 de la Convention. Dans son arrêt, la Cour de cassation a estimé au contraire que la question de savoir si l'étranger candidat au statut de réfugié dispose d'un recours effectif au sens de l'article 13 devait être examinée à la lumière de l'ensemble de la procédure. Après avoir rappelé le caractère suspensif du recours urgent auprès du Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides, et la possibilité pour l'étranger d'assortir son recours en annulation au Conseil d'Etat d'un recours en suspension ordinaire ou en suspension d'extrême urgence, elle a conclu que l'ensemble de ces recours répondait aux exigences de l'article 13 de la Convention.

## B. La procédure en référé devant le Conseil d'Etat

27. Les dispositions pertinentes de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat se lisent ainsi :

### Article 16

«Dans les cas où l'extrême urgence est invoquée, les articles 7 et 11 à 14 ne sont pas applicables.

Dans ces cas, le président peut convoquer par ordonnance les parties demanderesse, adverse et intervenante, ainsi que les personnes ayant intérêt à la solution de l'affaire,

éventuellement à son hôtel, à l'heure indiquée par lui, même les jours de fête et de jour à jour ou d'heure à heure.

L'ordonnance est notifiée à l'auditeur général ou au membre de l'auditorat désigné par lui.

La notification mentionne le cas échéant si le dossier administratif a été déposé.

Si la partie adverse n'a pas préalablement transmis le dossier administratif, elle le remet à l'audience au président, qui peut suspendre celle-ci afin de permettre à l'auditeur et aux parties demanderesse et intervenante d'en prendre connaissance.

Le président peut ordonner l'exécution immédiate de l'arrêt.»

### Article 25

«La demande de mesures provisoires est introduite par une requête distincte de la demande en suspension ou du recours en annulation.

La requête est signée par une partie, par une personne ayant intérêt à la solution de l'affaire ou par un avocat satisfaisant aux conditions fixées par l'article 19, alinéa 2, des lois coordonnées.»

### Article 33

«Si l'auteur d'une demande de suspension demande aussi des mesures provisoires d'extrême urgence, l'article 25 s'applique à sa requête. Les articles 29 à 31 ne sont pas applicables à celle-ci.

Dans les cas où l'extrême urgence est demandée, le président peut, par ordonnance, convoquer les parties ainsi que les personnes ayant intérêt à la solution de l'affaire, éventuellement à son hôtel, à l'heure indiquée par lui, même les jours de fête et de jour à jour ou d'heure à heure.

L'ordonnance est notifiée à l'auditeur général ou au membre de l'auditorat désigné par lui.

La notification mentionne, le cas échéant, si le dossier administratif a été déposé.

Le président peut ordonner l'exécution immédiate de l'arrêt.»

28. Les instructions du Conseil d'Etat sur la «procédure à suivre pendant les gardes du week-end» comprennent le passage suivant, relatif à «l'arrivée de la requête en suspension d'extrême urgence»:

«Le concierge contacte le conseiller, l'auditeur et le greffier de garde pour apprécier l'urgence et convenir de la fixation de l'affaire. Dans les affaires «étrangers», le greffier, à la demande du conseiller, contacte l'Office des étrangers pour connaître la date prévue pour le rapatriement et en demande une confirmation par fax. Il est conseillé, dans les affaires «étrangers», d'indiquer d'office comme parties adverses le Ministre de l'Intérieur et le Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides. Il est également prudent, en cas de rapatriement imminent, d'ordonner la comparution personnelle du requérant.»

29. La jurisprudence du Conseil d'Etat contient plusieurs exemples d'arrêts par lesquels cette juridiction, soit le jour même ou le lendemain de la requête en suspension d'extrême urgence, soit, en tout cas, avant

l'expiration du délai imparti pour quitter le territoire, a ordonné la suspension de l'exécution d'une mesure d'éloignement. Il s'agit en l'occurrence des arrêts n° 40.383 du 20 septembre 1992, n° 51.302 du 25 janvier 1995, n° 57.807 du 24 janvier 1996, n° 75.646 du 2 septembre 1998, n° 81.912 du 26 juillet 1999, n° 84.741 du 18 janvier 2000 et n° 85.025 du 1<sup>er</sup> février 2000.

Le Conseil d'Etat a également jugé qu'une décision de reconduite à la frontière est un acte susceptible de recours devant lui. Ainsi, par exemple, dans les arrêts n° 56.599 du 4 décembre 1995, n° 57.646 du 19 janvier 1996, n° 80.505 du 28 mai 1999 et n° 85.828 du 3 mars 2000.

### C. Autres sources

30. Au cours du mois d'août 1999, le nombre de demandeurs d'asile en provenance de la Slovaquie avait enregistré une forte hausse. Alors que, pour les sept premiers mois de 1999, la moyenne avait été de 22 demandes par mois, avec quand même 51 demandes pour le seul mois de juillet, pas moins de 359 demandes furent enregistrées du 1<sup>er</sup> au 24 août 1999. A cette dernière date, le directeur général de l'Office des étrangers s'adressa par lettre au ministre de l'Intérieur et au Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides, pour leur annoncer son intention de traiter rapidement les demandes d'asile de la part de ressortissants slovaques, afin de donner un signal dissuasif clair à l'attention de nouveaux requérants potentiels.

31. Une «Note d'orientation générale relative à une politique globale en matière d'immigration», approuvée le 1<sup>er</sup> octobre 1999 par le Conseil des ministres, contient notamment le passage suivant :

«Un projet de rapatriement collectif est actuellement examiné, tant pour donner un signal aux autorités slovaques que pour éloigner ce grand nombre d'illégaux dont la présence ne peut plus longtemps être tolérée.»

32. Le rapport sur la Slovaquie de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance, du 15 juin 1998, contient le passage suivant :

«Les Roms/Tsiganes en Slovaquie, comme dans plusieurs autres pays d'Europe centrale et orientale, appartiennent à la couche sociale la plus défavorisée. Hormis quelques cas isolés, ils vivent à l'écart de la scène publique, coupés des centres de décision et des principaux courants d'opinion de la vie politique. Les Roms/Tsiganes sont souvent les victimes de la violence «skinhead»; ils font régulièrement l'expérience des mauvais traitements aussi bien que de discriminations par les autorités.»

33. Un autre rapport, produit par les requérants et établi à la suite d'une mission conjointe de l'Office des étrangers et du Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides, en février 1999 en Slovaquie, confirmerait l'existence de graves discriminations envers les Roms, traités comme une classe inférieure.

## EN DROIT

## I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 5 § 1 DE LA CONVENTION

34. Les requérants allèguent que leur arrestation au commissariat de police de Gand, le 1<sup>er</sup> octobre 1999, a entraîné une violation de l'article 5 § 1 de la Convention, dont la partie pertinente se lit ainsi :

« 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. »

35. La Cour rappelle que, dans sa décision sur la recevabilité de la requête, elle a joint au fond l'exception préliminaire du Gouvernement tirée du non-épuisement des voies de recours internes, en l'occurrence le recours devant la chambre du conseil du tribunal correctionnel (article 71 de la loi sur les étrangers).

36. Sur le fond, les requérants contestent tout d'abord qu'il ait été nécessaire de les arrêter pour leur faire quitter le territoire belge. Ensuite et surtout, ils dénoncent le procédé utilisé pour les arrêter : on leur aurait tendu un piège en leur faisant croire que leur convocation devait servir à compléter le dossier de leur demande d'asile, alors que dès le départ les autorités avaient pour seule intention de les priver de leur liberté. Il y aurait donc eu tromperie sur les motifs et, dès lors, détournement de pouvoir constitutif d'une violation de l'article 5 § 1.

En conséquence, l'on ne saurait pas non plus reprocher aux requérants de n'avoir plus fait confiance aux autorités en renonçant à introduire un recours devant les tribunaux du même pays. De toute façon, un tel recours aurait été irréaliste eu égard aux circonstances. Piégés par les autorités, rassemblés en vue d'une opération de rapatriement collectif, placés dans des centres fermés où on leur aurait dit que plus aucun recours n'était disponible, les requérants n'auraient pas été en mesure de prendre contact directement avec leur avocat, M<sup>r</sup> van Overloop.

Celui-ci n'aurait été informé que le vendredi 1<sup>er</sup> octobre 1999 de la privation de liberté dont ses clients avaient fait l'objet, par l'intermédiaire du président de la Ligue des droits des Roms. A aucun moment, entre la privation de liberté de ses clients et l'exécution de la mesure d'expulsion, un contact direct n'aurait pu s'établir entre les requérants et leur avocat, à défaut notamment pour ceux-ci de pouvoir recevoir des communications téléphoniques de l'extérieur. Certes, ils auraient pu eux-mêmes communiquer vers l'extérieur, mais ils auraient été convaincus de

l'impossibilité d'exercer un recours contre la détention dont ils avaient fait l'objet.

Aussi M<sup>e</sup> van Overloop n'aurait-il pu saisir la chambre du conseil de Gand que le lundi 4 octobre. Sachant toutefois que celle-ci ne siège que les lundi, mercredi et vendredi, l'affaire n'aurait pas pu être plaidée avant le mercredi 6 octobre. Or l'avion emmenant les requérants aurait quitté la Belgique le mardi 5 octobre.

37. Le Gouvernement rappelle que les requérants se sont vu remettre, les 3 mars et 18 juin 1999 respectivement, un ordre de quitter le territoire qui énonçait explicitement qu'ils s'exposaient à une détention à des fins d'éloignement au cas où ils n'y donneraient pas suite. Les intéressés auraient donc bien su qu'ils se trouvaient en situation illégale. Par ailleurs, M<sup>me</sup> Čonková aurait été sous le coup d'une condamnation pénale pour vol, prononcée par le tribunal correctionnel de Gand. Dans ces conditions, il serait fantaisiste de prétendre que les requérants étaient de bonne foi. Au contraire, il faudrait leur appliquer la doctrine des *clean hands* ou l'adage *nemo auditur*.

En outre, la circonstance que la teneur de la convocation pouvait prêter à équivoque ne saurait suffire à en inférer un détournement de pouvoir, lequel serait une accusation grave et ne serait établi que si l'autorité était mue exclusivement par des motifs illicites, ce qui ne serait manifestement pas le cas ici. Du reste, le ministre de l'Intérieur aurait publiquement regretté la «rédaction malencontreuse» de la convocation. Toutefois, le fait que d'autres étrangers que les requérants, qui s'étaient rendus au commissariat à la suite de la même convocation, ont été relâchés après examen de leur dossier, démontrerait qu'elle n'était pas motivée exclusivement par la volonté de procéder à des arrestations. A supposer même le contraire, la méthode utilisée vaudrait toujours mieux que de se rendre au domicile des intéressés ou à l'école des enfants pour les arrêter. Si donc ruse il y a eu, il ne s'agirait que d'une «petite ruse».

Quant au recours devant la chambre du conseil du tribunal correctionnel, le Gouvernement ne voit aucun élément qui eût pu dispenser les requérants de l'introduire. D'après lui, si les intéressés étaient capables de saisir la Cour européenne des Droits de l'Homme, ils devaient aussi pouvoir, dans les mêmes circonstances, recourir à la chambre du conseil.

38. La Cour note qu'il n'est pas contesté entre les parties que l'arrestation litigieuse a eu lieu en vue de l'expulsion des requérants du territoire belge, si bien que l'article 5 § 1 f) de la Convention trouve à s'appliquer en l'espèce. Certes, les requérants contestent qu'il ait été nécessaire de les arrêter à cette fin, mais cette disposition n'exige pas que la détention d'une personne contre laquelle une procédure d'expulsion est en cours puisse être considérée comme raisonnablement nécessaire, par exemple pour l'empêcher de commettre une infraction ou



de s'enfuir ; à cet égard, l'article 5 § 1 f) ne prévoit pas la même protection que l'article 5 § 1 c). De fait, il exige seulement qu'«une procédure d'expulsion [soit] en cours» (*Chahal c. Royaume-Uni*, arrêt du 15 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V, p. 1862, § 112).

39. 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 (voir, parmi d'autres, arrêts *Bozano c. France*, 18 décembre 1986, série A n° 111, p. 23, § 54, et *Chahal* précité, p. 1864, § 118).

40. En l'espèce, les requérants ont reçu, fin septembre 1999, une convocation écrite les invitant à se rendre le 1<sup>er</sup> octobre au commissariat de police de la ville de Gand, en vue, selon la convocation, «de compléter leur dossier relatif à leur demande d'asile». A leur arrivée au commissariat, ils se sont vu remettre un ordre de quitter le territoire, daté du 29 septembre 1999 et accompagné d'une décision de remise à la frontière slovaque et d'arrestation à cette fin. Quelques heures après, ils furent emmenés au centre fermé de transit de Steenokkerzeel.

41. La Cour note que, d'après le Gouvernement, la convocation en question a certes fait l'objet d'une rédaction malencontreuse, comme l'a d'ailleurs publiquement reconnu le ministre de l'Intérieur (paragraphe 23 ci-dessus), mais celle-ci ne suffirait pas à vicier l'arrestation tout entière, voire à la qualifier de détournement de pouvoir.

Même si la Cour conserve certains doutes quant à la compatibilité d'une telle pratique avec le droit belge, faute notamment pour celle-ci d'avoir été soumise, en l'espèce, à l'appréciation d'une juridiction nationale compétente, la Convention exige la conformité de toute mesure privative de liberté au but de l'article 5: protéger l'individu contre l'arbitraire (paragraphe 39 ci-dessus). S'il n'est certes pas exclu que la police puisse légitimement user de stratagèmes afin, par exemple, de mieux déjouer des activités criminelles, en revanche le comportement de l'administration qui cherche à donner confiance à des demandeurs d'asile en vue de les arrêter, puis de les expulser, n'est pas à l'abri de la critique au regard des principes généraux énoncés par la Convention ou impliqués par elle.

Or, à cet égard, il y a tout lieu de croire que si la rédaction de la convocation en question était «malencontreuse», elle n'était pas pour autant le résultat d'une quelconque inadvertance, mais au contraire voulue comme telle, dans le but d'inciter le plus grand nombre de destinataires de la convocation à y donner suite. A l'audience, le conseil du Gouvernement a parlé à ce propos d'une «petite ruse», consciemment utilisée par les autorités pour assurer la réussite du «rapatriement collectif» (paragraphe 23 ci-dessus) qu'elles avaient décidé d'organiser.

42. Il convient de rappeler ici que la liste des exceptions au droit à la liberté figurant à l'article 5 § 1 revêt un caractère exhaustif et que seule une interprétation étroite cadre avec le but de cette disposition (voir, *mutatis mutandis*, *K.-F. c. Allemagne*, arrêt du 27 novembre 1997, *Recueil* 1997-VII, p. 2975, § 70). De l'avis de la Cour, cette exigence doit se refléter également dans la fiabilité des communications telles que celles adressées aux requérants, que les intéressés se trouvent en séjour légal ou non. La Cour en déduit qu'il n'est pas compatible avec l'article 5 que, dans le cadre d'une opération planifiée d'expulsion et dans un souci de facilité ou d'efficacité, l'administration décide consciemment de tromper des personnes, même en situation illégale, sur le but d'une convocation, pour mieux pouvoir les priver de leur liberté.

43. Cet élément est à prendre en considération s'agissant de la question à aborder à présent, celle de l'exception préliminaire du Gouvernement, dont la Cour avait décidé de joindre l'examen au fond. A cet égard, il y a lieu de rappeler que, dans le cadre de l'article 35 § 1 de la Convention, un requérant doit se prévaloir des recours normalement disponibles et suffisants pour lui permettre d'obtenir réparation des violations qu'il allègue. Ces recours doivent exister à un degré suffisant de certitude, en pratique comme en théorie, sans quoi leur manque l'effectivité et l'accessibilité voulues (voir, parmi d'autres, *Akdivar et autres c. Turquie*, arrêt du 16 septembre 1996, *Recueil* 1996-IV, p. 1210, § 66).

44. En l'espèce, la Cour relève un certain nombre d'éléments qui ont sans nul doute affecté l'accessibilité du recours dont le Gouvernement invoque le non-épuisement. Il s'agit notamment du fait que l'information sur les recours disponibles figurait en petits caractères, et dans une langue que les requérants ne comprenaient pas, sur le document qui leur a été remis à leur arrivée au commissariat; que pour aider les dizaines de familles tsiganes présentes au commissariat à comprendre les communications orales et écrites qui leur étaient faites, il n'y avait qu'un seul interprète, qui était présent au commissariat mais n'est pas resté avec elles au centre fermé; que dans de telles circonstances il était sans doute difficile pour les requérants d'espérer pouvoir prendre contact avec un avocat, avec l'aide de cet interprète, depuis le commissariat, alors qu'au centre fermé les requérants disposaient certes d'une possibilité de contact téléphonique avec un avocat, mais ne pouvaient plus faire appel aux services de l'interprète; que, malgré ces difficultés, aucune autre forme d'assistance juridique n'a été prévue par les autorités, ni au commissariat ni au centre.

45. Quoi qu'il en soit – et cet élément apparaît décisif aux yeux de la Cour –, comme l'a expliqué à l'audience l'avocat des requérants, sans avoir été contredit sur ce point par le Gouvernement, il n'a été informé des événements litigieux et de la situation de ses clients que le vendredi 1<sup>er</sup> octobre 1999 à 22 h 30, ce qui rendait vain tout recours à la chambre du

conseil, puisqu'en saisissant celle-ci dès le 4 octobre, l'affaire n'aurait pas pu être plaidée avant le 6 octobre, alors que les requérants ont été expulsés le 5 octobre. Ainsi, bien qu'il se considérât toujours comme mandaté par les requérants (paragraphe 21 ci-dessus), leur avocat n'a pas pu intenter de recours devant la chambre du conseil.

46. La Cour rappelle que la Convention vise à garantir des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs (voir, *mutatis mutandis*, *Matthews c. Royaume-Uni* [GC], n° 24833/94, § 34, CEDH 1999-I). Sur le plan de l'accessibilité que doit présenter un recours invoqué au titre de l'article 35 § 1 de la Convention, cela implique notamment que les circonstances volontairement créées par les autorités soient telles que les intéressés aient une possibilité réaliste de l'intenter. Or tel n'était pas le cas en l'espèce, si bien qu'il y a lieu de rejeter l'exception préliminaire dont il s'agit.

En conséquence, il y a eu violation de l'article 5 § 1 de la Convention.

## II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 5 § 2 DE LA CONVENTION

47. Les requérants allèguent une violation de l'article 5 § 2 de la Convention, aux termes duquel :

« Toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle. »

Ils affirment ne pas avoir obtenu suffisamment d'informations sur les raisons de leur arrestation, ce qui les aurait empêchés d'exercer le recours qui leur revient en vertu de l'article 5 § 4 de la Convention. D'après eux, aucun représentant du ministère de l'Intérieur, auteur des ordres de quitter le territoire du 29 septembre 1999, n'a donné une information officielle aux personnes retenues au commissariat de police de Gand. Celles-ci auraient dû se contenter des éléments d'informations figurant sur les documents remis, lesquels toutefois auraient été incomplets, car ils n'auraient pas suffisamment renseigné les intéressés sur les motifs légaux de leur détention, les raisons factuelles qui l'auraient justifiée, l'éloignement dont ils allaient faire l'objet et les voies de recours qui leur étaient ouvertes.

48. Le Gouvernement estime que les prescriptions de l'article 5 § 2 ont été scrupuleusement respectées, précisant que la décision de privation de liberté du 29 septembre 1999 était assortie de motifs et a été notifiée aux requérants le surlendemain, au commissariat de police. Lors de cette notification, un interprète maîtrisant la langue slovaque aurait été présent pour fournir aux intéressés toute explication sur le contenu du document.

49. La Cour rappelle que dans sa décision sur la recevabilité de la requête elle a joint au fond l'exception préliminaire opposée par le

Gouvernement au grief fondé sur l'article 5 § 2. Puisque ladite exception se confond avec celle qui a été soulevée sur le terrain de l'article 5 § 1, et compte tenu de la conclusion exposée au paragraphe 46 ci-dessus, il y a lieu de la rejeter, ici aussi.

50. Quant au fond, la Cour rappelle que l'article 5 § 2 énonce une garantie élémentaire : toute personne arrêtée doit savoir pourquoi elle a été privée de liberté. Intégrée au système de protection qu'offre l'article 5, elle oblige à signaler à une telle personne, dans un langage simple accessible pour elle, les raisons juridiques et factuelles de sa privation de liberté, afin qu'elle puisse en discuter la légalité devant un tribunal en vertu du paragraphe 4. Elle doit bénéficier de ces renseignements « dans le plus court délai », mais le policier qui l'arrête peut ne pas les lui fournir en entier sur-le-champ. Pour déterminer si elle en a reçu assez et suffisamment tôt, il faut avoir égard aux particularités de l'espèce (voir, *mutatis mutandis*, *Murray c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 octobre 1994, série A n° 300-A, p. 31, § 72).

51. Dans cette affaire, à leur arrivée au commissariat de police, les requérants se sont vu notifier la décision ordonnant leur arrestation. Le document qui leur a été remis à cet effet indiquait que celle-ci avait été ordonnée par application de l'article 7, alinéa 1, 2°, de la loi sur les étrangers, eu égard au risque que les intéressés ne tentassent de se soustraire à leur éloignement du territoire. En note, le même document mentionnait, comme recours disponible contre la décision de privation de liberté, le recours à la chambre du conseil du tribunal correctionnel.

52. La Cour a déjà constaté que, lors de l'arrestation des requérants au commissariat de police, un interprète maîtrisant la langue slovaque était présent, dans le but notamment de renseigner les intéressés sur le contenu des communications orales et écrites qui leur étaient faites, et en particulier du document ordonnant leur arrestation. Même si, à elles seules, ces mesures ne suffisaient pas, en l'espèce, à mettre les requérants en situation de pouvoir utilement saisir la chambre du conseil (paragraphe 46 ci-dessus), les renseignements ainsi fournis aux intéressés remplissaient néanmoins les exigences de l'article 5 § 2 de la Convention. En conséquence, il n'y a pas eu violation de cette disposition.

### III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 5 § 4 DE LA CONVENTION

53. Les requérants se plaignent également d'une violation de l'article 5 § 4 de la Convention, qui se lit ainsi :

« 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. »

Le seul recours disponible contre leur privation de liberté aurait été celui visé à l'article 71 de la loi sur les étrangers, devant la chambre du conseil du tribunal correctionnel. Or ce recours ne satisferait pas aux exigences de l'article 5 § 4. En effet, la chambre du conseil n'exercerait sur la détention qui a pour base l'article 7 de la loi sur les étrangers qu'un contrôle très marginal, de légalité formelle, sans s'interroger sur la proportionnalité de la privation de liberté, c'est-à-dire sur la question de savoir si, eu égard aux éléments propres à chaque cas, il se justifie d'y recourir. Ensuite, les circonstances ayant entouré l'arrestation des requérants auraient été telles qu'en l'espèce une saisine de la chambre du conseil n'aurait pas été possible (paragraphe 36 ci-dessus).

54. Pour le Gouvernement au contraire, ledit recours remplit toutes les conditions de l'article 5 § 4.

55. La Cour estime tout d'abord que la mise en liberté des requérants, le 5 octobre 1999 en Slovaquie, ne rend pas sans objet le grief, eu égard au fait que la privation de liberté litigieuse a duré cinq jours (*Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni*, arrêt du 30 août 1990, série A n° 182, p. 20, § 45). Elle constate toutefois que sur ce point l'argumentaire du Gouvernement se confond avec celui qu'il a présenté au titre de l'exception préliminaire opposée aux griefs fondés sur l'article 5 §§ 1, 2 et 4 de la Convention (paragraphe 37 et 49 ci-dessus). Aussi y a-t-il lieu de renvoyer ici à la conclusion selon laquelle, en l'espèce, les requérants étaient empêchés de saisir utilement la chambre du conseil (paragraphe 46 ci-dessus). En conséquence, il n'y a pas lieu de statuer sur le point de savoir si l'étendue des compétences de la chambre du conseil satisfait aux exigences de l'article 5 § 4.

En conclusion, il y a eu violation de l'article 5 § 4 de la Convention.

#### IV. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 4 DU PROTOCOLE N° 4 À LA CONVENTION

56. Les requérants dénoncent une violation de l'article 4 du Protocole n° 4 à la Convention, aux termes duquel :

«Les expulsions collectives d'étrangers sont interdites.»

D'après eux, le terme «expulsion collective» doit s'entendre de toute «mise en œuvre collective de mesures d'éloignement du territoire». Distinguer la décision préalable de la mise en œuvre de l'expulsion conduirait à vider la disposition de tout contenu, dans la mesure où les législations de tous les Etats membres imposeraient aujourd'hui l'existence formelle d'une décision individuelle précédant la mesure d'expulsion, de telle sorte qu'à distinguer la décision de sa mise en œuvre, plus aucune expulsion collective ne serait plus condamnable de nos jours, ce qui priverait l'article 4 du Protocole n° 4 de tout effet utile.

S'agissant en particulier des décisions d'expulsion prises à l'encontre des requérants, ceux-ci estiment qu'elles traduisent une volonté affirmée des autorités de procéder à un traitement collectif de la situation d'un groupe de particuliers, en l'occurrence les Tsiganes de Slovaquie. Ils en veulent pour preuve certains documents officiels, parmi lesquels des lettres adressées le 24 août 1999 par le directeur général de l'Office des étrangers au ministre de l'Intérieur et au Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides, dans lesquelles le directeur général annonce un traitement rapide des demandes d'asile émanant de ressortissants slovaques, afin de donner un signal dissuasif clair à l'attention de nouveaux requérants potentiels. Les requérants se réfèrent aussi à une «Note d'orientation générale relative à une politique globale en matière d'immigration», approuvée le 1<sup>er</sup> octobre 1999 par le Conseil des ministres et dans laquelle figure notamment le passage suivant: «Un projet de rapatriement collectif est actuellement examiné, tant pour donner un signal aux autorités slovaques que pour éloigner ce grand nombre d'illégaux dont la présence ne peut plus longtemps être tolérée» (paragraphe 31 ci-dessus). De même, le 23 décembre 1999, le ministre de l'Intérieur aurait déclaré, en réponse à une question parlementaire: «En raison de la concentration de demandeurs d'asile de nationalité slovaque à Gand, un rapatriement collectif en Slovaquie a été organisé» (paragraphe 23 ci-dessus).

De l'avis des requérants, ces éléments révèlent un dispositif général destiné à traiter collectivement un groupe de particuliers, depuis la prise de décision jusqu'à la mise en œuvre de l'expulsion. A cet égard, il serait significatif que le processus ait été baptisé «opération Golf» par les autorités. Dès lors, quelle que soit l'apparence formelle des décisions produites, il ne saurait être affirmé en l'espèce qu'il y a eu «un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des étrangers qui forment le groupe».

57. A ce grief, le Gouvernement oppose une exception tirée de ce que les requérants n'ont pas attaqué devant le Conseil d'Etat, notamment par la voie d'un recours en suspension d'extrême urgence, les décisions constitutives de la violation alléguée par les intéressés, à savoir celles du 29 septembre 1999.

La Cour constate que ce recours coïncide avec celui que le Gouvernement invoque au titre de l'article 13 de la Convention combiné avec l'article 4 du Protocole n° 4. En conséquence, il y a lieu de joindre l'exception au fond et de renvoyer, quant à celui-ci, à l'examen du grief tiré d'une violation de ces dispositions.

58. Quant au fond du grief tiré d'une violation du seul article 4 du Protocole n° 4, le Gouvernement se réfère à la décision d'irrecevabilité rendue par la Cour dans l'affaire *Andric c. Suède* ((déc.), n° 45917/99, 23 février 1999) pour estimer qu'il n'y a pas d'expulsion collective lorsque

la situation de l'étranger requérant a fait l'objet d'un examen individuel et objectif lui permettant d'avancer ses arguments contre l'expulsion. Or, bien que les ordres de quitter le territoire du 29 septembre 1999 se soient substitués aux précédents, tant l'Office des étrangers que le Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides, qui est un organe indépendant, impartial et quasi juridictionnel, auraient donné aux requérants la possibilité d'exposer leur cas. La décision concernant M<sup>me</sup> Čonková comporterait trois pages de motivation circonstanciée, tapée en petits caractères et expliquant en quoi l'intéressée ne s'exposait pas à des traitements contraires à l'article 3 de la Convention dans son pays d'origine. Quant à M. Čonka, il n'aurait même pas daigné se présenter devant le Commissaire général, alors pourtant que celui-ci l'avait dûment convoqué.

L'examen de l'opportunité d'éloigner les intéressés se serait encore poursuivi à la police de Gand, puisque certains demandeurs déboutés auraient été néanmoins autorisés à quitter librement le commissariat, notamment pour des motifs humanitaires et administratifs. L'examen individuel se serait même poursuivi pour certains, dont les époux Čonka, jusqu'au pied de l'avion, puisque le versement des montants de l'aide sociale pour tout le mois d'octobre aurait été effectué pour chaque chef de ménage au prorata exact de la composition de chaque famille, au franc près. Bref, il aurait été largement satisfait aux exigences de l'article 4 du Protocole n° 4.

59. La Cour rappelle sa jurisprudence d'après laquelle il faut entendre par expulsion collective, au sens de l'article 4 du Protocole n° 4, toute mesure contraignant des étrangers, en tant que groupe, à quitter un pays, sauf dans les cas où une telle mesure est prise à l'issue et sur la base d'un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des étrangers qui forment le groupe (*Andric*, décision précitée). Cela ne signifie pas pour autant que là où cette dernière condition est remplie, les circonstances entourant la mise en œuvre de décisions d'expulsion ne jouent plus aucun rôle dans l'appréciation du respect de l'article 4 du Protocole n° 4.

60. En l'espèce, les demandes d'asile des requérants ont fait l'objet de décisions de rejet prises le 3 mars 1999 et confirmées le 18 juin 1999. Motivées et accompagnées d'un ordre de quitter le territoire du même jour, les décisions du 3 mars 1999 ont été rendues à la suite d'un examen de la situation personnelle des intéressés, sur la base de leurs dépositions. Quant aux décisions du 18 juin 1999, elles se fondent, elles aussi, sur des motifs tirés de la situation personnelle des requérants et renvoient à l'ordre de quitter le territoire du 3 mars 1999, dont les recours urgents avaient suspendu les effets.

61. La Cour note toutefois que les mesures de détention et d'éloignement litigieuses ont été prises en exécution d'un ordre de

quitter le territoire daté du 29 septembre 1999, lequel était fondé uniquement sur l'article 7, alinéa 1, 2°, de la loi sur les étrangers, sans autre référence à la situation personnelle des intéressés que le fait que leur séjour en Belgique excédait trois mois. En particulier, le document ne faisait aucune référence à la demande d'asile des requérants ni aux décisions des 3 mars et 18 juin 1999 intervenues en la matière. Certes, ces décisions étaient, elles aussi, accompagnées d'un ordre de quitter le territoire, mais à lui seul, celui-ci n'autorisait pas l'arrestation des requérants. Celle-ci a donc été ordonnée pour la première fois par une décision du 29 septembre 1999, sur un fondement légal étranger à leur demande d'asile, mais suffisant néanmoins pour entraîner la mise en œuvre des mesures critiquées. Dans ces conditions, et au vu du grand nombre de personnes de même origine ayant connu le même sort que les requérants, la Cour estime que le procédé suivi n'est pas de nature à exclure tout doute sur le caractère collectif de l'expulsion critiquée.

62. Ces doutes se trouvent renforcés par un ensemble de circonstances telles que le fait que préalablement à l'opération litigieuse les instances politiques responsables avaient annoncé des opérations de ce genre et donné des instructions à l'administration compétente en vue de leur réalisation (paragraphe 30 et 31 ci-dessus); que tous les intéressés ont été convoqués simultanément au commissariat; que les ordres de quitter le territoire et d'arrestation qui leur ont été remis présentaient un libellé identique; qu'il était très difficile pour les intéressés de prendre contact avec un avocat; enfin, que la procédure d'asile n'était pas encore terminée.

63. Bref, à aucun stade de la période allant de la convocation des intéressés au commissariat à leur expulsion, la procédure suivie n'offrait des garanties suffisantes attestant d'une prise en compte réelle et différenciée de la situation individuelle de chacune des personnes concernées.

En conclusion, il y a eu violation de l'article 4 du Protocole n° 4 à la Convention.

## V. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 13 DE LA CONVENTION

64. Les requérants affirment n'avoir disposé, pour dénoncer les violations alléguées des articles 3 de la Convention et 4 du Protocole n° 4, d'aucun recours satisfaisant aux exigences de 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. »



65. D'après les requérants, la procédure devant le Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides ne présentait pas les garanties requises par l'article 13. D'abord, la personne concernée n'aurait aucune garantie d'être entendue, sa convocation étant un usage et non un droit. Ensuite, elle n'aurait pas accès à son dossier, ne pourrait relire le procès-verbal des notes prises lors de son audition et ne pourrait exiger qu'il lui soit donné acte de certaines mentions. Quant aux recours possibles devant le Conseil d'Etat, il leur manquerait, pour être effectifs au sens de l'article 13, un effet suspensif automatique. En effet, dans les affaires d'éloignement du territoire, où la mise à exécution de la mesure étatique querellée produit des conséquences irréversibles, le caractère suspensif du recours en conditionnerait le caractère effectif et constituerait ainsi une exigence requise par l'article 13 de la Convention.

66. S'agissant en particulier du recours en extrême urgence devant le Conseil d'Etat, les requérants admettent qu'en pratique l'arrêt est rendu avant que la mesure d'éloignement du territoire n'ait pu être exécutée, mais ils soulignent que la loi n'offre aucune garantie en ce sens et qu'il est tout à fait loisible à l'autorité administrative d'exécuter la décision d'éloignement sans même attendre l'arrêt du Conseil d'Etat. De plus, le taux de succès de ce recours ne dépasserait pas 1,36 %. Au demeurant, le Conseil d'Etat jugerait que l'étranger cesse d'avoir un intérêt à poursuivre la procédure lorsqu'il a quitté le territoire belge et se déclarerait incompétent pour prononcer l'annulation ou la suspension d'un ordre de quitter le territoire lorsqu'il n'est qu'une mesure d'exécution d'une autre décision, sauf à se prévaloir de nouveaux griefs relatifs à cet ordre de quitter le territoire, indépendamment de ceux articulés contre la décision dont il assure l'exécution.

67. Selon le Gouvernement, l'effectivité des recours disponibles doit s'apprécier dans leur globalité, eu égard au fait qu'il existe, en droit belge, deux types de recours successifs et cumulables contre une décision d'éloignement prise par l'Office des étrangers : l'un devant le Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides, l'autre devant le Conseil d'Etat.

68. Le premier serait un organe quasi juridictionnel, indépendant et impartial, ce que la Cour de cassation aurait encore récemment confirmé dans son arrêt du 14 mars 2001 (paragraphe 26 ci-dessus). Un recours porté devant le Commissaire général serait doté d'un effet suspensif automatique et la procédure offrirait plusieurs garanties procédurales. Ainsi la décision du Commissaire serait dûment motivée par l'indication de toutes les circonstances pertinentes de la cause. De plus, la procédure suivie respecterait le principe du contradictoire, qui veut que toute décision en matière d'asile soit fondée sur des pièces et éléments connus du candidat réfugié ou de notoriété publique ou, à défaut, soumis à la contradiction.

En l'espèce, M<sup>me</sup> Čonková aurait été longuement entendue par les services du Commissaire général, en présence d'un interprète, mais elle

n'aurait pas demandé l'assistance d'un avocat, alors qu'elle aurait pu le faire. M. Çonka, quant à lui, n'aurait même pas déféré à la convocation.

69. La décision du Commissaire général, quant à elle, pourrait être attaquée devant le Conseil d'Etat, par la voie de recours en annulation, en suspension ordinaire ou en suspension d'extrême urgence. Or les requérants auraient omis d'agir en suspension d'extrême urgence contre les décisions du 18 juin 1999. Ils auraient négligé aussi d'introduire pareils recours contre les ordres de quitter le territoire du 29 septembre 1999, lesquels se seraient substitués à ceux du 18 juin 1999.

70. Certes, lesdits recours au Conseil d'Etat seraient dépourvus d'effet suspensif automatique et il serait juridiquement loisible à l'administration de ne pas surseoir à l'exécution d'une mesure d'éloignement du seul fait qu'un recours, même en extrême urgence, a été introduit devant le Conseil d'Etat. Cependant, l'existence, par le passé, d'un tel effet suspensif automatique aurait conduit très rapidement à l'introduction de nombreux recours dilatoires, ce qui aurait forcé en 1991 le législateur à le supprimer. Afin toutefois de sauvegarder le caractère effectif du recours devant le Conseil d'Etat, le législateur aurait introduit par la même occasion la procédure d'extrême urgence, rétablissant ainsi le juste équilibre entre deux valeurs fondamentales de la Convention: la bonne administration de la justice et le délai raisonnable des procédures, d'une part, et l'effectivité de la protection juridictionnelle, de l'autre.

71. Ladite procédure de suspension en extrême urgence serait effective, en pratique comme en droit, et remplirait dès lors les exigences de l'article 13.

En droit tout d'abord, la jurisprudence de la Cour en la matière n'exigerait pas que les recours disponibles soient assortis d'un effet suspensif automatique et de plein droit. Au contraire, il ressortirait par exemple de l'arrêt *Jabari c. Turquie* (n° 40035/98, § 50, CEDH 2000-VIII) qu'un simple pouvoir de suspension peut suffire aux fins de l'article 13. Or au travers du recours en suspension d'extrême urgence, le Conseil d'Etat disposerait d'un tel pouvoir.

Très rapide, la procédure suivie en pareil cas serait à introduire avant l'expiration du délai laissé à l'étranger pour quitter le territoire et pourrait, le cas échéant, se dérouler en une seule journée. En effet, le président de la chambre pourrait, en vertu de l'article 16, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, convoquer à tout moment les parties, même les jours de fête, d'heure à heure, ce qui se ferait fréquemment dans des cas de refoulement à la frontière. En outre, l'étranger pourrait, en vertu de l'article 33 du même arrêté royal, inviter le président à prendre des mesures provisoires d'extrême urgence, notamment une injonction de ne pas l'éloigner en attendant l'issue de la procédure. Applicables vingt-quatre heures sur vingt-quatre, ces procédures offriraient donc un

remède efficace contre d'éventuelles velléités de l'administration d'éloigner l'étranger avant même l'arrêt en référé du Conseil d'Etat. A cet égard, le Gouvernement renvoie aux instructions du Conseil d'Etat sur la procédure à suivre pendant les gardes du week-end, d'où il ressortirait que l'audience et le prononcé de l'arrêt sont à fixer avant l'exécution de la mesure, au cas où l'administration n'entendrait pas surseoir à l'exécution de la mesure d'éloignement.

72. De nombreux arrêts cités par le Gouvernement, par lesquels le Conseil d'Etat a ordonné la suspension d'extrême urgence de l'exécution de mesures d'éloignement d'étrangers, attesteraient de l'efficacité du recours en pratique. Ainsi, durant les deux années judiciaires qui ont précédé les événements à l'origine du litige, soit les années 1997-1998 et 1998-1999, la section d'administration aurait suspendu d'extrême urgence, dans 25,22 % des cas, l'exécution de décisions prises à l'égard de ressortissants étrangers. Ce pourcentage serait de 10,88 % devant la chambre néerlandophone.

73. En outre, la jurisprudence contiendrait des exemples de cas où seul l'ordre de quitter le territoire a été suspendu ou annulé. Si, par le passé, il a certes pu y avoir des cas où le Conseil d'Etat a estimé que des décisions de reconduite à la frontière n'étaient que de simples mesures d'exécution d'ordres de quitter le territoire antérieurs, cette jurisprudence aurait évolué depuis lors et serait désormais orientée en ce sens qu'il s'agit bien là d'une décision administrative susceptible de recours. D'autre part, l'étranger qui a quitté le territoire national cesserait certes d'avoir un intérêt à la suspension de la mesure d'éloignement, mais pas à son annulation, sauf bien entendu en cas de départ volontaire.

74. Enfin, le Gouvernement estime que l'on ne saurait apprécier l'effectivité d'un recours en faisant abstraction du contexte politique et juridique qui prévaut en Belgique et, partant, de la marge d'appréciation qu'il convient de lui reconnaître en l'espèce. Le droit à un recours effectif ne garantirait ni le droit d'abuser des procédures ni le droit à l'impérialité.

Le Conseil d'Etat serait actuellement confronté à d'importants abus qui enrayent son fonctionnement, le contentieux né de l'application de la loi sur les étrangers représentant déjà à lui seul plus de la moitié du total du contentieux. Or ces requêtes seraient très majoritairement des requêtes dilatoires. Face à cette réalité, le but du législateur n'aurait pas été de limiter l'accès au juge administratif, mais seulement de ne pas admettre une modalité – l'effet suspensif de plein droit – dont il est certain qu'elle aurait un effet pervers désastreux dans le contexte belge, contraire au principe de bonne administration de la justice qui sous-tend l'article 6 de la Convention.

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 habitant à examiner le contenu d'un « grief défendable » fondé sur la Convention et à offrir le redressement approprié. La portée de l'obligation que l'article 13 fait peser sur les Etats contractants varie en fonction de la nature du grief du requérant. Toutefois, le recours exigé par l'article 13 doit être « effectif » en pratique comme en droit. L'« effectivité » d'un « recours » au sens de l'article 13 ne dépend pas de la certitude d'une issue favorable pour le requérant. De même, l'« instance » dont parle cette disposition n'a pas besoin d'être une institution judiciaire, mais alors ses pouvoirs et les garanties qu'elle présente entrent en ligne de compte pour apprécier l'effectivité du recours s'exerçant devant elle. En outre, l'ensemble des recours offerts par le droit interne peut remplir les exigences de l'article 13, même si aucun d'eux n'y répond en entier à lui seul (voir, parmi beaucoup d'autres, *Kudla c. Pologne* [GC], n° 30210/96, § 157, CEDH 2000-XI).

76. Encore faut-il, pour que l'article 13 trouve à s'appliquer à un grief, que celui-ci puisse passer pour défendable (voir, *mutatis mutandis*, *Chahal* précité, p. 1870, § 147). En l'espèce, ce n'est pas le cas des griefs tirés d'une violation de l'article 3, que la Cour a déclarés manifestement mal fondés le 13 mars 2001. Dès lors, il n'y a pas eu violation de l'article 13 de la Convention combiné avec l'article 3.

77. En revanche, le grief tiré d'une violation de l'article 4 du Protocole n° 4 peut, de l'avis de la Cour, passer pour défendable.

78. La Cour rappelle à cet égard que les expulsions litigieuses ont été effectuées sur la base des ordres de quitter le territoire du 29 septembre 1999, lesquels, d'après le Gouvernement, s'étaient substitués à ceux des 3 mars et 18 juin 1999 et étaient susceptibles d'un recours devant le Conseil d'Etat, notamment en suspension d'extrême urgence.

Or les requérants n'ont pas introduit ce recours, bien que leur conseil eût été informé des événements litigieux et de la situation de ses clients le 1<sup>er</sup> octobre 1999 à 22 h 30 et se considérât toujours comme mandaté par eux. Les requérants ne contestent pas que le Conseil d'Etat puisse passer pour une « instance nationale » au sens de l'article 13, mais affirment que le recours ne présentait pas l'effectivité voulue par cette disposition, faute pour lui d'être assorti d'un effet suspensif de plein droit. Il convient dès lors d'examiner cette question.

79. La Cour considère que l'effectivité des recours exigés par l'article 13 suppose qu'ils puissent empêcher l'exécution des mesures contraires à la Convention et dont les conséquences sont potentiellement irréversibles (voir, *mutatis mutandis*, *Jabari* précité, § 50). En conséquence, l'article 13 s'oppose à ce que pareilles mesures soient exécutées avant même l'issue de l'examen par les autorités nationales de leur compatibilité avec la Convention. Toutefois, les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation quant à la manière de se conformer aux obligations que leur fait l'article 13 (*Chahal* précité, p. 1870, § 145).

80. En l'espèce, le Conseil d'Etat était appelé à examiner au fond les griefs des requérants dans le cadre du recours en annulation introduit par eux. En prévision du temps que prendrait cet examen et eu égard au fait qu'ils étaient menacés d'expulsion, les requérants ont assorti leur recours en annulation d'un recours en suspension ordinaire, dont le Gouvernement souligne cependant le caractère inadéquat dans les circonstances de la cause. D'après lui, les intéressés auraient dû agir en suspension d'extrême urgence.

La Cour ne peut manquer de relever, pourtant, que le recours en suspension ordinaire fait partie des recours qui, d'après le document contenant la décision du Commissaire général du 18 juin 1999, s'offraient aux requérants pour attaquer celle-ci. Sachant que, d'après cette décision, les intéressés disposaient de cinq jours seulement pour quitter le territoire national, que le recours en suspension ordinaire n'est pas lui-même suspensif et que le Conseil d'Etat dispose de quarante-cinq jours pour statuer sur un tel recours (article 17 § 4 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat), la seule mention de celui-ci parmi les recours disponibles était, pour le moins, de nature à créer la confusion dans le chef des requérants.

81. S'agissant du recours en suspension d'extrême urgence, il n'est pas suspensif, lui non plus. Le Gouvernement souligne toutefois que le président de la chambre peut convoquer à tout moment les parties, même les jours de fête, d'heure à heure, ce qui se ferait fréquemment dans des cas de refoulement à la frontière, de façon à pouvoir statuer et, le cas échéant, ordonner la suspension de la mesure d'éloignement avant son exécution. L'administration, en effet, n'est pas tenue juridiquement d'attendre la décision du Conseil d'Etat pour procéder à l'éloignement. C'est dans ce but que le Conseil d'Etat a, par exemple, adopté des instructions prévoyant notamment qu'en cas de requête en suspension d'extrême urgence le greffier, à la demande du conseiller, prenne contact avec l'Office des étrangers pour connaître la date prévue pour le rapatriement et en tirer toutes les conséquences quant à la procédure à suivre. Pareil système appelle deux remarques.

82. D'abord, l'on ne saurait exclure que, dans un système où la suspension est accordée sur demande, au cas par cas, elle puisse être refusée à tort, notamment s'il devait s'avérer ultérieurement que l'instance statuant au fond doive quand même annuler une décision d'expulsion pour non-respect de la Convention, par exemple parce que l'intéressé aurait subi des mauvais traitements dans le pays de destination ou aurait été victime d'une expulsion collective. En pareil cas, le recours exercé par l'intéressé n'aurait pas présenté l'effectivité voulue par l'article 13.

83. Ensuite, quand bien même ce risque d'erreur serait négligeable en pratique – ce dont la Cour ne saurait juger en l'absence de données

fiables – il convient de souligner que les exigences de l'article 13, tout comme celles des autres dispositions de la Convention, sont de l'ordre de la garantie, et non du simple bon vouloir ou de l'arrangement pratique. C'est là une des conséquences de la prééminence du droit, l'un des principes fondamentaux d'une société démocratique, inhérent à l'ensemble des articles de la Convention (voir, *mutatis mutandis*, *Iatridis c. Grèce* [GC], n° 31107/96, § 58, CEDH 1999-II).

Or il apparaît que l'administration n'est pas tenue de surseoir à l'exécution de la mesure d'expulsion tant que le référé d'extrême urgence est pendant, pas même au cours d'un délai minimum raisonnable permettant au Conseil d'Etat de statuer. De plus, c'est sur celui-ci que repose en pratique la charge de s'enquérir des intentions de l'administration quant aux expulsions envisagées et d'agir en conséquence, mais rien ne semble l'obliger à le faire. Enfin, c'est en vertu de simples instructions internes que, dans ce but, le greffier du Conseil d'Etat, sur instructions du conseiller, prend contact avec l'administration, sans que l'on connaisse les conséquences d'une éventuelle omission dans ce domaine. Au bout du compte, le requérant n'a aucune garantie de voir le Conseil d'Etat et l'administration se conformer dans tous les cas à la pratique décrite, ni *a fortiori* de voir le Conseil d'Etat statuer, ou même siéger, avant son expulsion, ou l'administration respecter un délai minimum raisonnable.

Il y a là autant d'éléments qui rendent le traitement du recours trop aléatoire pour pouvoir satisfaire aux exigences de l'article 13.

84. Quant à l'engorgement du rôle du Conseil d'Etat et aux risques d'abus, la Cour estime que, tout comme l'article 6 de la Convention, l'article 13 astreint les Etats contractants à organiser leurs juridictions de manière à leur permettre de répondre aux exigences de cette disposition (voir, *mutatis mutandis*, *Süßmann c. Allemagne*, arrêt du 16 septembre 1996, *Recueil* 1996-IV, p. 1174, § 55). A cet égard, il y a lieu de souligner l'importance de l'article 13 en vue du maintien du caractère subsidiaire du système de la Convention (voir, *mutatis mutandis*, *Kudla* précité, § 152).

85. En conclusion, les requérants ne disposaient pas d'un recours remplissant les conditions de l'article 13 pour faire valoir leur grief tiré de l'article 4 du Protocole n° 4. Dès lors, il y a eu violation de l'article 13 de la Convention et il y a lieu de rejeter l'exception opposée au grief tiré d'une violation de l'article 4 du Protocole n° 4 (paragraphe 57 ci-dessus).

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

86. 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

87. D'après les requérants, l'évaluation du dommage moral qui résulte pour eux des violations de la Convention subies dépend des mesures que l'Etat belge s'engagera à adopter, pour l'avenir, afin d'assurer l'exécution intégrale de l'arrêt de la Cour. En conséquence, ils souhaiteraient pouvoir entamer un dialogue avec l'Etat belge sur les conséquences de l'arrêt.

88. Le Gouvernement ne se prononce pas sur ce point.

89. La Cour rappelle que l'Etat défendeur reste libre, sous le contrôle du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, 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 (*Scozzari et Giunta c. Italie* [GC], n<sup>os</sup> 39221/98 et 41963/98, § 249, CEDH 2000-VIII). En conséquence, la Cour n'estime pas approprié de réserver la question. Statuant en équité, elle évalue le dommage moral subi par les requérants à 10 000 euros (EUR).

### B. Frais et dépens

90. Au titre des frais et dépens, les requérants réclament 19 850 EUR, montant détaillé par les intéressés et correspondant à leur représentation devant la Cour par leurs trois conseils.

91. Le Gouvernement estime que les conseils des requérants ne sauraient réclamer directement, au titre de l'article 41, le paiement de leurs honoraires, mais qu'il revenait aux requérants eux-mêmes d'en réclamer le remboursement, sauf s'ils pouvaient passer pour indigents, mais dans ce cas ils auraient dû demander l'assistance judiciaire, ce qu'ils n'ont pas fait. Sous cette réserve, le Gouvernement accepte de payer une somme en rapport avec l'importance des griefs déclarés fondés.

92. Compte tenu des circonstances, et en particulier du fait que les requérants ont été expulsés de Belgique, la Cour estime recevables les demandes présentées au nom des requérants. Statuant en équité, elle en juge toutefois le montant excessif et le ramène à 9 000 EUR.

### C. Intérêts moratoires

93. Selon les informations dont la Cour dispose, le taux d'intérêt légal applicable en Belgique à la date d'adoption du présent arrêt est de 7 % l'an.

## PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Rejette*, à l'unanimité, l'exception préliminaire tirée, sur le terrain de l'article 5 §§ 1, 2 et 4 de la Convention, du non-épuisement des voies de recours internes;

2. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 5 § 1 de la Convention;
3. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 5 § 2 de la Convention;
4. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 5 § 4 de la Convention;
5. *Dit*, par quatre voix contre trois, qu'il y a eu violation de l'article 4 du Protocole n° 4 à la Convention;
6. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 13 de la Convention combiné avec l'article 3;
7. *Dit*, par quatre voix contre trois, qu'il y a eu violation de l'article 13 de la Convention combiné avec l'article 4 du Protocole n° 4 à la Convention;
8. *Dit*, par six voix contre une,
  - a) que l'Etat défendeur doit verser aux requérants, 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. 10 000 EUR (dix mille euros), pour dommage moral,
    - ii. 9 000 EUR (neuf mille euros), pour frais et dépens;
  - b) que ces montants seront à majorer d'un intérêt simple de 7 % l'an à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement;
9. *Rejette*, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 5 février 2002, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

S. DOLLÉ  
Greffière

J.-P. COSTA  
Président

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

- opinion partiellement concordante et partiellement dissidente de M. Velaers;
- opinion partiellement dissidente de M. Jungwiert, à laquelle se rallie M. Kūris.

J.-P.C.  
S.D.



## OPINION PARTIELLEMENT CONCORDANTE ET PARTIELLEMENT DISSIDENTE DE M. LE JUGE VELAERS

### *Au sujet de l'article 5 §§ 1 et 4 de la Convention*

1. Je partage l'opinion de la Cour selon laquelle les conditions dans lesquelles les requérants ont été privés de leur liberté constituent une violation de l'article 5 §§ 1 et 4 de la Convention.

2. La Convention exige que toute privation de liberté soit faite «selon les voies légales». Bien que les mots «selon les voies légales» se réfèrent pour l'essentiel à la législation nationale et qu'ils consacrent donc «la nécessité de suivre la procédure fixée par celle-ci», dans l'arrêt *Winterwerp c. Pays-Bas* du 24 octobre 1979 (série A n° 33, pp. 19-20, § 45), la Cour a toutefois ajouté: «(...) il faut que le droit interne se conforme lui-même à la Convention, y compris les principes généraux énoncés ou impliqués par elle.»

3. La ruse employée par la police belge doit donc être examinée à la lumière des «principes généraux» de la Convention. Les méthodes et techniques de police ne peuvent être qualifiées de régulières et d'équitables qu'à la condition qu'elles soient proportionnées aux buts que les autorités cherchent à atteindre. Le principe de proportionnalité est en effet un principe général de la Convention. Il est largement appliqué dans la jurisprudence de la Cour (notamment celle sur les articles 8, 11 § 2, 14, etc.) et il peut être considéré comme inclus dans le texte de l'article 5 selon lequel une privation de liberté doit se faire «selon les voies légales». La méthode utilisée par la police de Gand – la ruse – est à mon avis non conforme à ce principe de proportionnalité. Les personnes à priver de leur liberté n'étaient pas des criminels. C'étaient des illégaux dont la demande d'asile avait été rejetée. A juste titre, la Cour n'a pas exclu que la police, dans sa lutte contre la criminalité, soit amenée à employer des ruses, qui lui permettent d'être efficace (paragraphe 41 de l'arrêt). Cependant en l'espèce l'action de la police de Gand ne se situait pas dans le cadre d'une recherche pénale, mais bien dans le cadre d'une action administrative d'expulsion forcée. Bien que l'Etat ait le droit d'expulser effectivement des illégaux et bien que les alternatives adéquates pour le faire ne soient pas nombreuses et qu'elles risquent parfois d'avoir des conséquences également néfastes pour les personnes intéressées et leurs enfants, l'emploi d'une ruse telle que celle utilisée par la police de Gand risque d'engendrer la non-crédibilité générale des autorités publiques dans leurs relations administratives avec les étrangers qui résident illégalement sur le territoire national. Cet effet rend, à mon avis, le recours à la ruse par la police de Gand contraire au principe de proportionnalité. Dans un Etat de droit, les illégaux ne sont pas des sans-

droits. Ils doivent pouvoir se fier aux communications des autorités administratives faites à leur encontre.

4. L'article 5 § 4 de la Convention garantit à toute personne privée de sa liberté le droit d'introduire un recours devant un tribunal. Je partage l'opinion de la Cour selon laquelle, en l'espèce, le recours devant la chambre du Conseil n'était pas accessible (paragraphe 45 de l'arrêt). En outre, la Cour se réfère, à juste titre, à son arrêt dans l'affaire *Fox, Campbell et Hartley* (paragraphe 55 de l'arrêt). Dans cette affaire, les requérants avaient été détenus pendant environ trente et quarante-quatre heures. Le lendemain de leur arrestation, ils avaient introduit une instance en *habeas corpus*, mais ils furent relâchés avant que le contrôle judiciaire n'eût pu avoir lieu. La Cour estima superflu d'examiner le bien-fondé du grief formulé par les intéressés sur le terrain de l'article 5 § 4, au motif que chacun d'eux fut relâché à bref délai avant tout contrôle judiciaire de sa détention. En l'espèce, la privation de liberté a duré cinq jours et non quelques heures. Vu la durée de la détention, l'Etat belge aurait dû garantir le droit d'introduire un recours devant un tribunal, et cela nonobstant le fait que l'intention était de libérer les requérants immédiatement après leur expulsion.

#### *Au sujet de l'article 4 du Protocole n° 4 à la Convention*

5. Je ne puis partager l'avis de la majorité selon lequel l'article 4 du Protocole n° 4 a été violé.

Il est important que la Cour ait consolidé la définition de la notion d'«expulsion collective» qui était déjà incluse dans la décision du 23 février 1999 de la première section de la Cour dans l'affaire *Andric* (paragraphe 58-59 de l'arrêt). Des mesures contraignant des étrangers en tant que groupe à quitter un pays ne constituent pas une expulsion collective, dans les cas où elles ont été prises à l'issue et sur la base d'un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des étrangers qui forment le groupe. La condamnation de l'Etat belge n'est donc pas due au simple fait que les requérants ont été rapatriés en groupe, par avion, mais aux doutes que la majorité a eus sur la réalité de l'examen raisonnable et objectif de la situation individuelle des requérants. Je ne partage pas ces doutes.

6. Les demandes d'asile des requérants ont fait l'objet de décisions de rejet prises le 3 mars 1999 par l'Office des étrangers et confirmées le 18 juin 1999 par le Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides. La majorité reconnaît que ces décisions ont été rendues à la suite d'un examen de la situation personnelle des étrangers et qu'elles étaient motivées. A mon avis, il y a même eu un troisième bref examen de la situation individuelle des requérants. Le jour même de leur arrestation, la police de Gand a pris contact avec l'Office des étrangers pour vérifier

s'il n'y avait pas parmi les personnes arrêtées des personnes qui disposaient d'un titre pour rester sur le territoire belge. Le fait que certaines de ces personnes ont pu rentrer librement chez elles, après que la vérification de leur situation individuelle eut révélé qu'elles étaient en situation régulière, prouve que même à ce stade avancé du processus d'éloignement il a encore été procédé à un dernier examen individuel.

7. Les doutes de la majorité sont dus au fait que les mesures d'éloignement ont été prises en exécution d'un ordre de quitter le territoire daté du 29 septembre 1999, lequel faisait uniquement référence à l'article 7, alinéa 1, 2<sup>o</sup>, de la loi sur les étrangers, sans autre référence à la situation personnelle des intéressés que le fait que leur séjour en Belgique excédait le délai de trois mois. A mon avis, les mesures prises le 29 septembre 1999 ne peuvent être isolées des décisions antérieures prises dans le cadre de la procédure d'asile. L'examen de la situation individuelle des requérants avait eu lieu, à deux, voire trois reprises, et fournissait une justification suffisante aux expulsions litigieuses. En attachant de l'importance au fait que le dernier ordre de quitter le territoire ne faisait aucune référence à la demande d'asile des requérants, ni aux décisions des 3 mars et 18 juin 1999, la majorité semble introduire un élément purement formel dans la définition de la notion d'«expulsion collective». A cet égard, la majorité aurait dû suivre la décision dans l'affaire *Andric*, dans laquelle la Cour a jugé: «Le fait que plusieurs étrangers reçoivent des décisions semblables ne permet pas de conclure à une expulsion collective, lorsque chaque intéressé a pu, individuellement, faire valoir devant les autorités compétentes les arguments qui s'opposaient à son expulsion.»

8. Les doutes de la majorité tiennent aussi à «un ensemble de circonstances» entourant l'éloignement forcé des requérants (paragraphe 62 de l'arrêt). A mon avis, ces circonstances n'ont en rien pu influencer les décisions qui ont été prises à l'égard des requérants, après examen de leur situation individuelle, et ne justifiaient donc pas les doutes de la majorité. Ainsi le fait que le directeur général de l'Office des étrangers s'adressa par lettre du 24 août 1999 au Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides pour annoncer son intention de traiter rapidement les demandes d'asile des ressortissants slovaques, afin de donner un signal dissuasif, n'a évidemment pas pu influencer les décisions prises antérieurement, *in tempore non suspecto*, à l'égard des requérants, par l'Office des étrangers (3 mars 1999) et par le Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides (18 juin 1999). Le Commissaire général est d'ailleurs «une instance nationale, dont l'indépendance est légalement garantie et qui offre des garanties procédurales à l'étranger» (Cour de cassation belge, 23 janvier 2001). Les autres circonstances évoquées par la majorité sont relatives à l'exécution effective du rapatriement en groupe. Elles datent de la fin du

mois de septembre et ne peuvent donc justifier les doutes de la majorité par rapport aux décisions prises à l'égard des étrangers le 3 mars 1999 et le 18 juin 1999. La majorité elle-même reconnaît d'ailleurs qu'un rapatriement en groupe n'est pas contraire à l'article 4 du Protocole n° 4, quand il s'agit d'étrangers dont la situation particulière a fait l'objet d'un examen raisonnable et objectif. Un rapatriement en groupe, pour lequel les autorités nationales peuvent opter pour des raisons d'efficacité et d'économie, n'est évidemment pas réalisable sans une préparation préalable.

*Au sujet des articles 35 et 13 de la Convention*

9. Je ne puis partager l'opinion de la majorité selon laquelle le recours en suspension d'extrême urgence devant le Conseil d'Etat belge, contre les mesures d'éloignement du 29 septembre 1999, d'une part, n'était pas un recours que les requérants auraient dû épuiser avant de porter plainte devant la Cour européenne des Droits de l'Homme (article 35 de la Convention) et, d'autre part, ne constitue pas un recours effectif (article 13 de la Convention) qui aurait pu permettre aux requérants d'obtenir le redressement de leurs griefs.

10. S'agissant des griefs tirés de l'article 4 du Protocole n° 4 et liés aux mesures prises le 29 septembre 1999 et aux conditions dans lesquelles celles-ci ont été préparées et effectivement exécutées le 5 octobre 1999 par un éloignement en groupe, par avion, le seul recours pertinent à examiner était le recours en suspension d'extrême urgence devant le Conseil d'Etat belge, contre les mesures du 29 septembre 1999.

Le recours que les requérants ont intenté contre la décision de l'Office des étrangers du 3 mars 1999, devant le Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides, n'a, à juste titre, pas été pris en compte par la majorité. Bien que ce recours ait un effet suspensif automatique, les requérants n'ont évidemment pas pu soulever leurs griefs tirés de la violation de l'article 4 du Protocole n° 4 devant le Commissaire général. Celui-ci a en effet pris sa décision le 18 juin 1999 et les griefs étaient liés à la préparation et à l'exécution des mesures prises le 29 septembre 1999. Pour la même raison, les recours que les requérants avaient intentés le 3 août 1999 devant le Conseil d'Etat n'étaient pas non plus à prendre en considération. Le recours en suspension ordinaire, intenté par les requérants, n'entraîne d'ailleurs pas, ni en droit ni en pratique, un effet suspensif. Le seul recours pertinent pouvant offrir un redressement aux griefs des requérants était le recours en suspension d'extrême urgence contre les mesures du 29 septembre 1999.

11. Quant à l'accessibilité de ce recours, la majorité constate, à juste titre, que le conseil des requérants a «été informé des événements litigieux et de la situation de ses clients le 1<sup>er</sup> octobre 1999 à 22 h 30 et se

considér[ait] toujours comme mandaté par eux » (paragraphe 78, alinéa 2, de l'arrêt). Il s'ensuit que ce conseil aurait pu tenter le recours en suspension d'extrême urgence, cette procédure étant applicable vingt-quatre heures sur vingt-quatre et équivalente à un référé d'hôtel.

12. Quant à l'effectivité de ce type de recours, il ressort des nombreux arrêts du Conseil d'Etat, cités par le Gouvernement, que le recours en suspension d'extrême urgence présente des perspectives raisonnables de succès. Le Gouvernement n'a pas seulement attesté, par de nombreux exemples, de l'extrême rapidité avec laquelle la procédure peut être appliquée, mais il a aussi présenté un nombre important d'arrêts dans lesquels le Conseil d'Etat avait effectivement suspendu la décision d'expulsion dans le cadre d'une procédure en suspension d'extrême urgence. S'agissant du taux de réussite du recours en suspension d'extrême urgence, les parties ont soumis à la Cour des statistiques fort divergentes: les requérants évaluent ce taux à 1,36 %, le Gouvernement présente un document délivré par le greffier en chef du Conseil d'Etat, dont il ressort que le taux atteindrait 25,22 %. A juste titre la Cour, ne connaissant pas les modes de calcul adoptés, ne s'est-elle pas prononcée sur cette divergence entre les parties. En tout état de cause cependant, il convient de rappeler que l'effectivité d'un recours ne dépend pas de la certitude d'une issue favorable pour le requérant, il suffit qu'il existe des chances réelles de succès. Vu l'effet direct de l'article 4 du Protocole n° 4, il est clair que le Conseil d'Etat belge a le pouvoir de suspendre l'exécution de toute mesure d'expulsion collective, prohibée par cet article.

13. Selon la majorité cependant, le recours en suspension d'extrême urgence devant le Conseil d'Etat belge ne satisfait pas aux exigences de l'article 13 de la Convention, le caractère suspensif de ce recours étant trop aléatoire. A cet égard, il importe d'abord de souligner que, selon la jurisprudence de la Cour, l'effectivité d'un recours est conditionnée par son effet suspensif, lorsqu'il s'agit de griefs tirés de la violation de l'article 3 de la Convention. En soulignant «le caractère irréversible du dommage pouvant se produire si le risque de tortures ou de traitements dégradants se concrétisait», la Cour exige en effet que les mesures contre lesquelles le recours est intenté ne puissent être exécutées avant leur examen par les autorités nationales. En l'espèce toutefois, la Cour a jugé que le grief tiré de la violation de l'article 3 de la Convention était manifestement mal fondé (décision sur la recevabilité du 13 mars 2001) et par conséquent indéfendable par rapport à l'article 13 (paragraphe 76 de l'arrêt). Il est dès lors établi dans cette affaire que les requérants ne risquaient pas, après leur expulsion, d'être soumis à la torture, ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants dans leur pays d'origine, la Slovaquie.

14. Même si on admet, avec la majorité, que le caractère suspensif du recours conditionne aussi l'effectivité de celui-ci par rapport au grief tiré

de la violation de l'article 4 du Protocole n° 4, il faut souligner qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour que le recours ne doit pas être suspensif de plein droit, mais qu'il suffit qu'il ait un effet suspensif « en pratique » (arrêts *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, série A n° 161, p. 48, § 123, et *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, 30 octobre 1991, série A n° 215, p. 39, § 125).

15. En l'espèce, le recours en suspension d'extrême urgence devant le Conseil d'Etat n'a pas d'effet suspensif de plein droit, mais il peut avoir le même effet en pratique. La procédure en suspension d'extrême urgence est de fait applicable vingt-quatre heures sur vingt-quatre. Elle permet au Conseil d'Etat de statuer en quelques heures, y compris le week-end. Toute demande en extrême urgence est enrôlée de plein droit et directement traitée. Le Conseil d'Etat peut ordonner la comparution des parties en un lieu déterminé, de jour à jour et d'heure à heure. A cet égard, un document interne révèle la manière dont cette procédure est appliquée. On y lit : « Dans les affaires «étrangers», le greffier, à la demande du conseiller, contacte l'Office des étrangers pour connaître la date prévue pour le rapatriement et en demande une confirmation par fax. (...) Il est également prudent, en cas de rapatriement imminent, d'ordonner la comparution personnelle du requérant. » L'ordonnance de comparution personnelle étant contraignante, l'Etat ne peut plus procéder à l'expulsion de l'étranger. En outre, le Conseil d'Etat peut prendre, dans le cadre de la même procédure, des mesures provisoires d'extrême urgence, consistant en une injonction de ne pas éloigner l'étranger avant l'issue de la procédure.

16. Selon le Gouvernement, ces éléments de la procédure garantissent en pratique l'effet suspensif du recours. Force est de constater que les requérants n'ont présenté aucun cas concret dans lequel un étranger, ayant intenté un recours en suspension d'extrême urgence devant le Conseil d'Etat, aurait été expulsé pendant la procédure. Ils n'ont présenté aucun exemple concret qui atteste de l'ineffectivité des pouvoirs que le Conseil d'Etat peut exercer dans le cadre de cette procédure. A défaut de ces éléments, il est raisonnable de considérer qu'en pratique le recours en suspension d'extrême urgence a un effet suspensif. Au paragraphe 66 de l'arrêt, la majorité résume d'ailleurs la thèse des requérants ainsi : « S'agissant en particulier du recours en extrême urgence devant le Conseil d'Etat, les requérants admettent qu'en pratique l'arrêt est rendu avant que la mesure d'éloignement du territoire n'ait pu être exécutée, mais ils soulignent que la loi n'offre aucune garantie en ce sens et qu'il est tout à fait loisible à l'autorité administrative d'exécuter la décision d'éloignement sans même attendre l'arrêt du Conseil d'Etat. » Cette thèse, étant correcte en droit, revient à dire que le recours n'a pas d'effet suspensif automatique, mais qu'il a cet effet en pratique.

17. Les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation quant à la manière de se conformer aux obligations de l'article 13 de la Convention. La Cour a souligné ce principe essentiel dans son arrêt *Vilvarajah et autres*. Dans cet arrêt, qui concernait également l'éloignement forcé d'un étranger dont la demande d'asile avait été rejetée, la Cour a fait observer: «Il [l'article 13] ne va pas cependant jusqu'à exiger une forme particulière de recours, les Etats contractants jouissant d'une marge d'appréciation pour honorer les obligations qu'il leur impose» (*loc. cit.*, p. 39, § 122). A mon avis – et cet élément est pour moi décisif dans cette affaire – la marge d'appréciation doit être plus large, quand, comme en l'espèce, le grief tiré de la violation de l'article 3 de la Convention est jugé manifestement mal fondé, et par conséquent indéfendable, dans le cadre de l'article 13 de la Convention.

18. C'est pourquoi je suis d'avis que le recours en suspension d'extrême urgence devant le Conseil d'Etat belge aurait dû être considéré comme un recours interne, accessible et effectif, que les requérants auraient dû épuiser (article 35), et qu'il revêt le caractère d'effectivité que requiert l'article 13 de la Convention.

OPINION PARTIELLEMENT DISSIDENTE  
DE M. LE JUGE JUNGWIERT, À LAQUELLE SE RALLIE  
M. LE JUGE KŪRIS

Je suis d'accord avec la majorité pour trouver une violation de l'article 5 §§ 1, 2 et 4 de la Convention. Par contre, je ne suis pas en mesure de me rallier à l'opinion selon laquelle il y a eu violation de l'article 4 du Protocole n° 4 et de l'article 13 de la Convention combiné avec l'article 4 du Protocole n° 4. En voici les raisons.

S'agissant du respect de l'article 4 du Protocole n° 4, les deux premiers requérants ont chacun introduit une demande d'asile qui a d'abord été déclarée irrecevable, par l'Office des étrangers, au motif que les intéressés n'avaient pas présenté suffisamment d'éléments indiquant que leur vie ou leur liberté seraient menacées pour une des raisons mentionnées dans la Convention de Genève relative au statut des réfugiés. Le Commissaire général confirma les décisions de l'Office des étrangers refusant le séjour des requérants. Quant à M. Čonka, il fonda sa décision sur le fait que, sans avancer de motifs valables, l'intéressé n'avait pas donné suite à sa convocation. Au sujet de M<sup>me</sup> Čonková, le Commissaire, sur quelque deux pages de motivation, releva un certain nombre de contradictions importantes dans sa déposition et émit de sérieux doutes quant à sa crédibilité.

Chacune de ces décisions était accompagnée d'un ordre de quitter le territoire. Les requérants n'y ayant donné aucune suite, des mesures d'éloignement forcé ont été prises. Les requérants ont été convoqués au commissariat de police de Gand, où il a été procédé à un dernier bref examen de leur dossier. La police de Gand a pris contact avec l'Office des étrangers. Les personnes déboutées du droit d'asile et ne pouvant rester sur le territoire belge à aucun autre titre ont été privées de leur liberté et rapatriées en groupe. Le fait que certaines d'entre elles ont pu rentrer librement chez elles, après que la vérification de leur situation individuelle eut révélé qu'elles étaient en situation régulière, prouve que même à ce stade avancé du processus d'éloignement, il y a encore eu un dernier examen individuel.

Le fait que les décisions d'expulsion ont été exécutées en groupe, et que quelque soixante-dix étrangers de nationalité slovaque ont été rapatriés ensemble par avion, n'implique pas qu'il y ait «expulsion collective» au sens de l'article 4 du Protocole n° 4, puisque la situation personnelle de chaque étranger expulsé a été examinée à trois reprises. La circonstance que les dernières décisions du 29 septembre 1999 ne contiennent aucune référence aux motifs des décisions du 3 mars 1999 et du 18 juin 1999, mais se cantonnent à une référence à la situation illégale des intéressés



(article 7, alinéa 1, 2<sup>o</sup>, de la loi sur les étrangers), n'empêche pas que ces examens individuels ont eu lieu et fournissaient une justification suffisante aux expulsions litigieuses. A cet égard, je partage l'opinion exprimée dans la décision relative à l'affaire *Andric* (paragraphe 58 de l'arrêt), selon laquelle: «Le fait que plusieurs étrangers reçoivent des décisions semblables ne permet pas de conclure à une expulsion collective, lorsque chaque intéressé a pu, individuellement, faire valoir devant les autorités compétentes les arguments qui s'opposaient à son expulsion.»

Par ailleurs, cette disposition ne fait pas obstacle, à mon avis, à ce que, notamment pour des raisons d'économie ou d'efficacité, les Etats regroupent dans un même moyen de transport des personnes qui, au terme de pareille procédure, sont à expulser vers un même pays.

Ces considérations me font conclure à l'absence de violation de l'article 4 du Protocole n<sup>o</sup> 4.

S'agissant de l'article 13 de la Convention combiné avec l'article 4 du Protocole n<sup>o</sup> 4, il est de jurisprudence constante que les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation quant à la manière de se conformer aux obligations que leur fait l'article 13. En outre, lorsqu'il est allégué qu'une mesure imminente expose l'intéressé à un risque de traitements prohibés par l'article 3 de la Convention, seul un recours avec effet suspensif, sinon de plein droit, au moins en pratique, est un recours effectif au regard de l'article 13 de la Convention (arrêts *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, série A n<sup>o</sup> 161, p. 48, § 123, et *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, 30 octobre 1991, série A n<sup>o</sup> 215, p. 39, § 125).

Bien que le recours en suspension d'extrême urgence que les requérants auraient pu introduire devant le Conseil d'Etat contre les décisions du 29 septembre 1999 soit dépourvu d'effet suspensif de plein droit, cette procédure, en pratique, compte tenu de la manière dont elle est appliquée, a le même effet.

La procédure en suspension d'extrême urgence est applicable vingt-quatre heures sur vingt-quatre. Elle permet au Conseil d'Etat de statuer en quelques heures, y compris le week-end. Toute demande en suspension d'extrême urgence est enrôlée de plein droit et directement traitée. Le Conseil d'Etat peut ordonner la comparution des parties en un lieu déterminé, de jour à jour et d'heure à heure. A cet égard, un document interne au Conseil d'Etat révèle la manière dont cette procédure est appliquée. On y lit: «Dans les affaires «étrangers», le greffier, à la demande du conseiller, contacte l'Office des étrangers pour connaître la date prévue pour le rapatriement et en demande une confirmation par fax. (...) Il est également prudent, en cas de rapatriement imminent, d'ordonner la comparution personnelle du requérant.» L'ordonnance de comparution personnelle étant contraignante, l'Etat ne peut plus procéder à l'expulsion de l'étranger.

En outre, le Conseil d'Etat peut prendre, selon la même procédure, des mesures provisoires d'extrême urgence, qui prennent la forme d'injonctions de ne pas éloigner l'étranger avant l'issue de la procédure. Le Gouvernement a fourni de nombreux exemples attestant de l'efficacité de ce mécanisme en pratique, plus particulièrement lorsqu'il s'agit d'étrangers qui, en vue de leur expulsion, sont retenus dans un centre fermé, d'où ils intentent le recours en suspension d'extrême urgence.

S'agissant du taux de réussite de ce recours, on peut constater que les parties présentent des statistiques fort divergentes: tandis que les requérants évaluent ce taux à 1,36 %, le Gouvernement présente un document, émanant du greffe du Conseil d'Etat, dont il ressort que ce taux atteindrait 25,22 %. Cette divergence est probablement due à des modes de calcul différents. En tout état de cause, cependant, il convient de dire que l'effectivité d'un recours ne dépend pas de la certitude d'une issue favorable pour le requérant. En l'espèce, le Gouvernement a présenté un tel nombre d'arrêts dans lesquels le Conseil d'Etat a suspendu la décision d'expulsion, dans le cadre d'une procédure en suspension d'extrême urgence, qu'il est permis de conclure à l'efficacité de ce recours.

En conclusion, les requérants auraient pu, ce qu'ils ont omis de faire, intenter un recours en suspension d'extrême urgence contre les décisions du 29 septembre 1999, lequel recours satisfait aux exigences de l'article 13. C'est pourquoi j'estime qu'il n'y a pas eu violation de cette disposition et que l'exception opposée par le Gouvernement au grief tiré d'une violation de l'article 4 du Protocole n° 4 est fondée.

ČONKA v. BELGIUM  
*(Application no. 51564/99)*

THIRD SECTION<sup>1</sup>

JUDGMENT OF 5 FEBRUARY 2002<sup>2</sup>

---

1. In its composition prior to 1 November 2001.

2. Translation; original French.



SUMMARY<sup>1</sup>**Arrest of aliens with a view to their expulsion after requiring them to attend the police station to complete their applications for asylum  
Collective expulsion****Article 5 § 1 (f)**

*Lawful arrests – Arrest of aliens with a view to their expulsion after requiring them to attend the police station to complete their applications for asylum – Expulsion – Misleading conduct by the authorities*

**Article 5 § 2**

*Information on the reasons for the arrest – Arrest of aliens with a view to their expulsion after requiring them to attend the police station to complete their applications for asylum – Notification of the reasons for arrest – Presence of an interpreter*

**Article 5 § 4**

*Take proceedings – Persons detained unable to exercise existing remedies*

**Article 13**

*Effective remedy – Expulsion – Application for a stay of execution – Applications without suspensive effect*

**Article 4 of Protocol No. 4**

*Prohibition of collective expulsion of aliens – Reasonable and objective examination of the particular circumstances of each of the aliens facing expulsion – Lack of sufficient guarantees demonstrating that the personal circumstances of each of those concerned had been genuinely and individually taken into account*

\*  
\*   \*

The applicants, who were Slovakian nationals of Roma origin, said that they had fled from Slovakia where they had been subjected to racist assaults with the police refusing to intervene. In November 1998 they arrived in Belgium, where they requested political asylum. On 3 March 1999 their applications for asylum were declared inadmissible. The decisions refusing them permission to remain were

---

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

accompanied by other decisions refusing them permission to enter the territory and an order to leave the territory within five days. On 5 March 1999 the applicants lodged an appeal against those decisions with the Commissioner-General for Refugees and Stateless Persons under the urgent-applications procedure. On 18 June 1999 the Commissioner-General's Office upheld the decision refusing the applicants permission to remain and stated that time had begun to run again for the purposes of the five-day time-limit. On 28 October 1999 the applicants' applications for judicial review and a stay of execution of the decision of 18 June 1999 were struck out of the *Conseil d'Etat's* list. At the end of September 1999 the police sent a notice to a large number of Slovakian Roma, including the four applicants, requiring them to attend the police station on 1 October 1999. The notice stated that their attendance was required to enable the files concerning their applications for asylum to be completed. At the police station the applicants were served with a fresh order to leave the territory dated 29 September 1999, accompanied by a decision for their removal to Slovakia and for their detention for that purpose. The document, which was in identical terms for everyone concerned, informed the recipients that they could apply to the *Conseil d'Etat* for judicial review of the deportation order and for a stay of execution and to the committals division of the criminal court against the order for their detention. A Slovak-speaking interpreter was present at the police station. A few hours later the applicants and other Roma families were taken to a closed transit centre. At 10.30 p.m. on 1 October 1999 the applicants' counsel was informed that his clients were in custody. He contacted the Aliens Office, requesting that no action be taken to deport them. However, he did not appeal against the deportation or detention orders. On 5 October 1999 the families were put on an aircraft bound for Slovakia.

#### *Held*

(1) Article 5 § 1: The applicants had been arrested so that they could be deported from Belgium. Article 5 § 1 (f) was thus applicable in the case before the Court. All that was required under that sub-paragraph was that action was being taken with a view to deportation. Where the "lawfulness" of detention was in issue, including the question whether "a procedure prescribed by law" had been followed, the Convention referred essentially to the obligation to conform to the substantive and procedural rules of national law, but it required in addition that any deprivation of liberty should be in keeping with the purpose of Article 5, namely to protect the individual from arbitrariness. Although the Court by no means excluded that it is legitimate for the police to use stratagems in order, for instance, to counter criminal activities more effectively, acts whereby the authorities sought to gain the trust of asylum-seekers with a view to arresting and subsequently deporting them, as in the instant case, may be found to contravene the general principles stated or implicit in the Convention. While the wording of the notice was unfortunate, that had not been the result of inadvertence; on the contrary, it had been chosen deliberately in order to secure the compliance of the largest possible number of recipients. The list of exceptions to the right to liberty secured in Article 5 § 1 was an exhaustive one and only a narrow interpretation of those exceptions was consistent with the aim of that provision. That requirement had also to be reflected in the reliability of communications such as those sent to the applicants, irrespective of whether the

recipients were lawfully present in the country or not. Even as regards overstayers, a conscious decision by the authorities to facilitate or improve the effectiveness of a planned operation for the expulsion of aliens by misleading them about the purpose of a notice so as to make it easier to deprive them of their liberty was not compatible with Article 5. That factor had a bearing on the Government's preliminary objection, which had been joined to the merits. A number of factors had affected the accessibility of the remedy which the Government claimed had not been exercised. In particular, the applicants' lawyer had only been informed of the events in issue and of his clients' situation at 10.30 p.m. on 1 October 1999, so that any appeal to the committals division of the criminal court would have been pointless because, had he lodged an appeal with the division on 4 October, the case could not have been heard until 6 October, a day after the applicants' expulsion on 5 October. However, the accessibility of a remedy within the meaning of Article 35 § 1 implied that the circumstances voluntarily created by the authorities had to be such as to afford applicants a realistic possibility of using the remedy. That had not happened in the case before the Court and the preliminary objection had therefore to be dismissed.

*Conclusion:* violation (unanimously).

(2) Article 5 § 2: On their arrival at the police station the applicants had been served with the decision ordering their arrest. The document handed to them for that purpose had stated that their arrest had been ordered pursuant to the Aliens Act to prevent them from eluding deportation. On the applicants' arrest at the police station a Slovak-speaking interpreter had been present for the purposes of informing the aliens of the content of the verbal and written communications which they had received, in particular, the document ordering their arrest. Even though those measures by themselves had not in practice been sufficient to allow the applicants to lodge an appeal with the committals division, the information thus furnished to them nonetheless satisfied the requirements of Article 5 § 2.

*Conclusion:* no violation (unanimously).

(3) Article 5 § 4: The Government's submissions were the same as those on which they had relied in support of their preliminary objection to the complaints under Articles 5 §§ 1, 2 and 4. Accordingly, the Court referred to its conclusion that it had been impossible for the applicants to make any meaningful appeal to the committals division of the criminal court. Consequently, it was unnecessary to decide whether the scope of the jurisdiction of the committals division satisfied the requirements of Article 5 § 4.

*Conclusion:* violation (unanimously).

(4) Article 4 of Protocol No. 4: Collective expulsion, within the meaning of that Article, was to be understood as any measure compelling aliens, as a group, to leave a country, except where such a measure was taken on the basis of a reasonable and objective examination of the particular case of each individual alien in the group. That did not mean, however, that where the latter condition was satisfied the background to the execution of the expulsion orders played no further role in determining whether Article 4 of Protocol No. 4 had been complied with. In the case before the Court, the applications for asylum made by the applicants had been rejected in decisions of March and June 1999, on the basis of the applicants' personal circumstances. However, the detention and deportation orders had been issued to enforce an order to leave the territory of September

1999; that order had been made solely on the basis of the Aliens Act, and the only reference to the applicants' personal circumstances had been to the fact that their stay in Belgium had exceeded three months. The document made no reference to their application for asylum or to the decisions of March and June 1999. While those decisions had also been accompanied by an order to leave the territory, that order did not permit the applicants' arrest. The applicants' arrest had therefore been ordered for the first time in September 1999 on a legal basis unrelated to their requests for asylum, but nonetheless sufficient to entail the implementation of the impugned measures. In the light of the foregoing and in view of the large number of persons of the same origin who had suffered the same fate as the applicants, the procedure followed did not enable the Court to eliminate all doubt that the expulsion might have been collective. That doubt had been reinforced by a series of factors, notably: prior to the applicants' deportation, the political authorities concerned had announced that there would be operations of that kind and given instructions to the relevant authority for their implementation; all the aliens concerned had been required to attend the police station at the same time; the orders served on them requiring them to leave the territory and for their arrest had been couched in identical terms; it had been very difficult for the aliens to contact a lawyer; and, lastly, the asylum procedure had not been completed. Ultimately, at no stage in the period between the service of the notice on the aliens to attend the police station and their expulsion had the procedure afforded sufficient guarantees demonstrating that the personal circumstances of each of those concerned had been genuinely and individually taken into account.

*Conclusion:* violation (four votes to three).

(5) Article 13: The notion of an effective remedy under Article 13 required that the remedy could prevent the execution of measures that were contrary to the Convention and whose effects were potentially irreversible. Consequently, it was inconsistent with Article 13 for such measures to be executed before the national authorities had examined whether they were compatible with the Convention, although Contracting States were afforded some discretion as to the manner in which they conformed to their obligations under that provision. In the case before the Court, the *Conseil d'Etat* had been called upon to examine the merits of the applicants' complaints in their application for judicial review. Having regard to the time which the examination of the case would take and the fact that they were under threat of expulsion, the applicants had also made an application for a stay of execution under the ordinary procedure, although the Government said that they should have used the extremely urgent procedure. However, an application for a stay of execution under the ordinary procedure was one of the remedies which, according to the document setting out the Commissioner-General's decision of June 1999, had been available to the applicants to challenge that decision. As, according to that decision, the applicants had only five days in which to leave the national territory, applications for a stay under the ordinary procedure did not of themselves have suspensive effect and the *Conseil d'Etat* had forty-five days in which to decide such applications, the mere fact that that application had been mentioned as an available remedy had, to say the least, been liable to confuse the applicants. An application for a stay of execution under the extremely urgent procedure was not suspensive either. The Government stressed that the president of the division could at any time summon the parties



to attend and, if appropriate, make an order for a stay of the deportation order before its execution, as the authorities were not legally bound to await the *Conseil d'Etat's* decision before executing a deportation order. To compensate for that, the *Conseil d'Etat* had issued a practice direction requiring the registrar on an application for a stay under the extremely urgent procedure to contact the Aliens Office to establish the date scheduled for the repatriation and to make arrangements accordingly. Two remarks needed to be made about that system. Firstly, it was not possible to exclude the risk that in a system where stays of execution had to be applied for and were discretionary they might be refused wrongly, for instance if it was to transpire that a deportation order was subsequently quashed for failure to comply with the Convention. In such cases, the remedy exercised by the applicant would not be sufficiently effective for the purposes of Article 13. Secondly, even if the risk of error was in practice negligible, it appeared that the authorities were not required to defer execution of the deportation order while an application under the extremely urgent procedure was pending, not even for a minimum reasonable period to enable the *Conseil d'Etat* to decide the application. Further, the onus was on the *Conseil d'Etat* to ascertain the authorities' intentions regarding the proposed expulsions and to act accordingly, but there did not appear to be any obligation on it to do so. Lastly, it was merely on the basis of internal directions that the registrar of the *Conseil d'Etat* would contact the authorities for that purpose, and there was no indication of what the consequences might be should he omit to do so. Ultimately, the alien had no guarantee that the *Conseil d'Etat* and the authorities would comply in every case with that practice, that the *Conseil d'Etat* would deliver its decision, or even hear the case, before his expulsion, or that the authorities would allow a minimum reasonable period of grace. Each of those factors made the implementation of the remedy too uncertain to enable the requirements of Article 13 to be satisfied. As to the overloading of the *Conseil d'Etat's* list and the risks of abuse of process, Article 13 imposed on the Contracting States a duty to organise their judicial systems in such a way that their courts could meet its requirements. In that connection, the importance of Article 13 for preserving the subsidiary nature of the Convention system had to be stressed. In conclusion, the applicants had not had a remedy available that satisfied the requirements of Article 13 and the objection to the complaint of a violation of Article 4 of Protocol No. 4 had to be dismissed.

*Conclusion:* violation (four votes to three).

Article 41: The Court awarded sums for non-pecuniary damage and for costs and expenses.

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

*Bozano v. France*, judgment of 18 December 1986, Series A no. 111

*Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom*, judgment of 30 August 1990, Series A no. 182

*Murray v. the United Kingdom*, judgment of 28 October 1994, Series A no. 300-A

*Süßmann v. Germany*, judgment of 16 September 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV

*Akdivar and Others v. Turkey*, judgment of 16 September 1996, *Reports* 1996-IV

*Chahal v. the United Kingdom*, judgment of 15 November 1996, *Reports* 1996-V

- K.-F. v. Germany*, judgment of 27 November 1997, *Reports* 1997-VII  
*Matthews v. the United Kingdom* [GC], no 24833/94, ECHR 1999-I  
*Andric v. Sweden* (dec.), no. 45917/99, 23 February 1999  
*Iatridis v. Greece* [GC], no. 31107/96, ECHR 1999-II  
*Jabari v. Turkey*, no. 40035/98, ECHR 2000-VIII  
*Kudla v. Poland* [GC], no. 30210/96, ECHR 2000-XI

**In the case of Čonka v. Belgium,**

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

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

Mr W. FUHRMANN,

Mr P. KÜRIS,

Mr K. JUNGWIERT,

Sir Nicolas BRATZA,

Mr K. TRAJA, *judges*,

Mr VELAERS, *ad hoc judge*,

and Mrs S. DOLLÉ, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 15 May 2001 and 15 January 2002,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 51564/99) against the Kingdom of Belgium lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by four Slovakian nationals, Mr Ján Čonka, Mrs Mária Čonková, Miss Nad’a Čonková and Miss Nikola Čonková (“the applicants”), on 4 October 1999.

2. The applicants alleged, in particular, that the circumstances of their arrest and deportation to Slovakia amounted to an infringement of Articles 5 and 13 of the Convention and of Article 4 of Protocol No. 4.

3. 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. Mrs F. Tulkens, the judge elected in respect of Belgium, withdrew from sitting in the case (Rule 28). The Belgian Government (“the Government”) accordingly appointed Mr J. Velaers to sit as an *ad hoc* judge (Article 27 § 2 of the Convention and Rule 29 § 1).

4. By a decision of 13 March 2001 the Chamber declared the application partly admissible<sup>1</sup>.

5. The applicants and the Government each filed observations on the merits (Rule 59 § 1).

6. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 15 May 2001 (Rule 59 § 2).

---

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

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mr C. DEBRULLE, Director-General, Ministry of Justice,	<i>Agent,</i>
Mr R. ERGEC, Lawyer,	<i>Counsel,</i>
Mr F. BERNARD,	
Mr F. ROOSEMONT,	
Mr T. MICHAUX,	
Mr P. SMETS,	
Mr J. GILLIAUX,	
Mrs I. VERHEVEN,	<i>Advisers;</i>

(b) *for the applicants*

Mr G.-H. BEAUTHIER,	
Mr N. VAN OVERLOOP,	
Mr O. DE SCHUTTER,	<i>Counsel.</i>

The Court heard addresses by Mr Beauthier, Mr de Schutter, Mr Ergec, Mr van Overloop and Mr Gilliaux and their answers to its questions.

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

7. Mr Ján Čonka, Mrs Mária Čonková, Miss Nad'a Čonková and Miss Nikola Čonková are Slovakian nationals of Roma origin who were born in 1960, 1961, 1985 and 1991 respectively. The first two applicants are the parents of the third and fourth applicants.

8. The applicants say that on several occasions between March and November 1998 they were violently assaulted by skinheads in the Slovak Republic. Indeed, in November 1998 Mr Čonka had been so seriously injured in an assault that he had had to be hospitalised. The police had been called but had refused to intervene. Several days later Mr and Mrs Čonka had been subjected to renewed insults and threats by skinheads, but the police had again refused to intervene.

As a result of those constant threats, the applicants had decided to flee Slovakia and travel to Belgium, where they had arrived at the beginning of November 1998: Mr Čonka and the two minor children on 6 November and Mrs Čonka two days later.

#### A. The applicants' request for asylum

9. On 12 November 1998 the applicants requested political asylum in Belgium.

10. On 3 March 1999 their applications for asylum were declared inadmissible by the Minister of the Interior through the Directorate-General of the Aliens Office on the ground that they had not produced sufficient evidence to show that their lives were at risk in Slovakia for the purposes of the Geneva Convention relating to the Status of Refugees. The decisions refusing permission to remain in Belgium were accompanied by a decision refusing permission to enter the territory itself, endorsed with an order to leave the territory within five days.

11. On 5 March 1999 the applicants lodged an appeal under the urgent-applications procedure with the Commissioner-General for Refugees and Stateless Persons ("the Commissioner-General") against the decisions refusing them permission to remain in Belgium.

12. On 14 April 1999 Mr Čonka was invited to attend the Commissioner-General's Office to set out his grounds for seeking asylum. He failed to keep the appointment.

13. On 23 April 1999 Mrs Čonková, assisted by an interpreter, was heard by representatives of the Commissioner-General's Office at Ghent Prison, where she was in custody pending trial. On 17 May 1999 she was sentenced to eight months' imprisonment for theft by the Ghent Criminal Court.

14. On 18 June 1999 the Commissioner-General's Office upheld the decision of the Aliens Office refusing the applicants permission to remain. Its decision in Mr Čonka's case was based on his failure to attend his appointment without showing due cause. As regards Mrs Čonková, in some two pages of reasons the Commissioner-General pointed out major discrepancies in her deposition and expressed serious doubts about her credibility.

For example, Mrs Čonková had declared among other things that on 4 November 1998 her husband, Mr Čonka, had been assaulted by skinheads so violently that he had had to be taken to hospital. The police had been called but had not come out. That incident had been the direct cause of their decision to flee Slovakia. However, the Commissioner-General considered that statement to be refuted by the fact that the travel tickets had been issued before the above incident of 4 November: Mrs Čonková's plane ticket on 2 October and her husband's and their children's bus tickets for the journey to Belgium on 2 November 1998. Furthermore, Mrs Čonková's account of the incident did not match her stepdaughter's, in particular on the important issue of whether the police had attended the scene.

The Commissioner-General stipulated in his decisions that the applicants could be deported to the country from which they had fled (Slovakia), and that for the purposes of calculating the five-day period for leaving the territory, which had been suspended by the application under

the urgent procedure, time began to run again from the date of service of the decisions on the applicants.

15. On 24 June 1999 Mrs Čonková was released and a new order was served on her to leave the territory within five days, that is to say by midnight on 29 June.

16. On 3 August 1999 the applicants lodged applications with the *Conseil d'Etat* for judicial review of the decision of 18 June 1999 and for a stay of execution under the ordinary procedure. They also applied for legal aid.

17. On 23 September 1999 the *Conseil d'Etat* dismissed the applications for legal aid on the grounds that they had not been accompanied by the means certificate required by Article 676-3 of the Judicial Code, a photocopy, rather than the original, of the certificate having been enclosed with Mrs Čonková's application. Consequently, the applicants were invited by the orders refusing legal aid to pay the court fees within fifteen days after service. As they failed to respond to that invitation, their applications for judicial review and for a stay of execution were struck out of the list on 28 October 1999.

## **B. The applicants' arrest and deportation**

18. At the end of September 1999 the Ghent police sent a notice to a number of Slovakian Roma families, including the applicants, requiring them to attend the police station on 1 October 1999. The notice was drafted in Dutch and Slovak and stated that their attendance was required to enable the files concerning their applications for asylum to be completed.

19. At the police station, where a Slovak-speaking interpreter was also present, the applicants were served with a fresh order to leave the territory dated 29 September 1999, accompanied by a decision for their removal to Slovakia and their detention for that purpose. The documents served, which were all in identical terms, informed the recipients that they could apply to the *Conseil d'Etat* for judicial review of the deportation order and for a stay of execution – provided that they did so within sixty days of service of the decision – and to the committals division (*chambre du conseil*) of the criminal court against the order for their detention. According to the Government, some of the aliens concerned were nevertheless allowed to leave the police station of their own free will on humanitarian grounds or for administrative reasons.

20. A few hours later the applicants and other Roma families, accompanied by an interpreter, were taken to a closed transit centre, known as "Transit Centre 127 bis", at Steenokkerzeel near Brussels Airport. It appears that the interpreter only remained at the centre

briefly. According to the Government, he could have been recalled to the centre at the applicants' request. The applicants say that they were told that they had no further remedy against the deportation order.

21. While at the centre, the Slovakian families received visits from a delegation of Belgian members of Parliament, the Slovakian Consul, delegates of various non-governmental organisations and doctors. At 10.30 p.m. on Friday 1 October 1999 the applicants' counsel, Mr van Overloop, was informed by the President of the Roma Rights League that his clients were in custody. Taking the view that he was still instructed by them, Mr van Overloop sent a fax on 4 October 1999 to the Aliens Office informing it that the applicants were in Transit Centre 127 *bis* awaiting repatriation to Slovakia. He requested that no action be taken to deport them, as they had to take care of a member of their family who was in hospital. However, Mr van Overloop did not appeal against the deportation or detention orders made on 29 September 1999.

22. On 5 October 1999 the families concerned were taken to Melsbroek Military Airport, where the seat numbers allocated to them in the aircraft were marked on their hands with a ballpoint pen. The aircraft left Belgium for Slovakia at 5.45 p.m.

23. Shortly afterwards the Minister of the Interior declared in reply to a parliamentary question put on 23 December 1999:

“Owing to the large concentration of asylum-seekers of Slovakian nationality in Ghent, arrangements have been made for their collective repatriation to Slovakia. ... Reports I have received from the mayor of Ghent and the Director-General of the Aliens Office indicate that the operation was properly prepared, even if the unfortunate wording of the letter sent by the Ghent police to some of the Slovaks may have been misleading. Both the Aliens Office and the Ghent Police Department were surprised by the large number of Slovaks who responded to the notice sent to them. That factual circumstance resulted in their being detained in Transit Centre 127 *bis* for deportation a few days later. ...”

## II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

### A. The Aliens Act

24. The procedure relating to the recognition of refugee status is governed under Belgian law by the Law of 15 December 1980 on the entry, residence, settlement and expulsion of aliens (“the Aliens Act”) and by the Royal Decree of 8 October 1981 on the entry, residence, settlement and expulsion of aliens.

The procedure for according refugee status is in two stages. The first concerns admissibility for refugee status, while the second concerns eligibility for such status.

The authorities with jurisdiction to take part in the examination of the issue of admissibility are the Aliens' Office and, on appeal, the Commissioner-General for Refugees and Stateless Persons, as administrative authorities, and the *Conseil d'Etat*, which hears applications for judicial review. The relevant authorities at the eligibility stage are the Commissioner-General for Refugees and Stateless Persons, as the administrative authority, the Permanent Tribunal for Refugees' Appeals, as an administrative tribunal, and the *Conseil d'Etat*, which hears administrative appeals on points of law. Lastly, the committals division (*chambre du conseil*) of the criminal court has jurisdiction to hear appeals against orders depriving aliens of their liberty during or at the end of the proceedings (see below).

25. The provisions of the Aliens Act applicable in the instant case read as follows:

#### Section 6

"Except where permitted by international treaty, statute or royal decree, aliens may not stay more than three months in the Kingdom, unless a different period is stipulated in the visa or the authorisation in lieu stamped in their passport or on the travel document issued in lieu thereof.

..."

#### Section 7

"Without prejudice to any more favourable provision in any international treaty, the Minister or his or her delegate may order an alien who is not authorised or has not been given permission to remain for more than three months or to settle in the Kingdom to leave the territory before a set date:

...

(2) if the alien has stayed in the Kingdom beyond the period fixed in accordance with section 6, or is unable to establish that the period has not expired;

...

In the same sets of circumstances, if the Minister or his or her delegate considers it necessary, they may have the alien deported.

The alien may be detained for that purpose for the time strictly necessary for the execution of the measure provided that the period of detention shall not exceed two months."

#### Section 8

"Any order to leave the territory or deportation order shall state which provision of section 7 is being applied."



**Section 57/2**

“The Commissioner-General’s Office for Refugees and Stateless Persons is hereby established. It shall be attached to the Ministry and shall comprise a Commissioner-General for Refugees and Stateless Persons and two deputies. The Commissioner-General and his or her deputies shall be wholly independent in taking their decisions and expressing their opinions.”

**Section 57/3**

“The Commissioner-General shall be in charge of the Commissioner-General’s Office for Refugees and Stateless Persons.

The Commissioner-General shall be appointed by the King by a decree approved by the Cabinet on a proposal by the Minister.

The Commissioner-General shall be appointed for a period of five years. His or her term in office may be renewed.

...”

**Section 63/2(1)**

“An appeal under the urgent-applications procedure shall lie to the Commissioner-General for Refugees and Stateless Persons against decisions of the Minister or his or her delegate pursuant to section 52 refusing aliens claiming refugee status permission to enter, remain or settle in the Kingdom.”

**Section 71**

“Aliens against whom a measure has been taken depriving them of their liberty pursuant to sections 7, 25, 27, 29, second paragraph, 51/5(3), fourth paragraph, 52 *bis*, fourth paragraph, 54, 63/5, third paragraph, 67 and 74/6 may appeal against that measure by lodging a notice of appeal with the committals division of the criminal court with jurisdiction for the place where they reside in the Kingdom or the place where they are found.

...

They may renew the appeal referred to in the preceding paragraphs at monthly intervals.

...”

**Section 72**

“The committals division shall deliver its decision within five working days from the date an appeal is lodged after hearing the submissions of the alien or his or her counsel and the opinion of State Counsel’s Office.

... If the committals division fails to deliver its decision within the period fixed, the alien shall be released.

The committals division shall review the legality of the detention and deportation orders but shall have no power to review their reasonableness.

An appeal shall lie against orders of the committals division by the alien, State Counsel's Office and, in the circumstances set out in section 74, the Minister or his or her delegate.

The procedure shall be the same as that applicable under the statutory provisions on pre-trial detention, with the exception of the provisions relating to arrest warrants, investigating judges, prohibitions on communications, release on licence or on bail, and the right to inspect the administrative file.

Counsel for the alien may consult the case file at the registry of the relevant court during the two working days preceding the hearing.

The registrar shall notify counsel of the decision by registered letter."

### Section 73

"If the committals division decides that the alien shall not remain in custody, he or she shall be released as soon as the decision has become final.

The Minister may order the alien to reside in a designated place either until the deportation order has been executed or until his or her appeal has been decided."

26. In a judgment of 14 March 2001 the Court of Cassation reversed a decision of the Indictment Division of the Liege Court of Appeal ordering an alien's release. The Indictment Division had held that, contrary to Article 13 of the Convention, the authorities had deprived the alien of an effective remedy in law by interpreting the fact that appeals to the *Conseil d'Etat* had no suspensive effect as meaning that it was lawful for illegal immigrants to be forcibly expelled. The Court of Cassation held that, on the contrary, the issue whether an alien who had applied for refugee status had an effective remedy for the purposes of Article 13 had to be examined in the light of the procedure as a whole. After observing that appeals to the Commissioner-General for Refugees and Stateless Persons under the urgent procedure were of suspensive effect and that aliens were entitled, when lodging applications with the *Conseil d'Etat* for judicial review, to apply at the same time for a stay of execution under the ordinary or extremely urgent procedure, it concluded that those remedies taken as a whole satisfied the requirements of Article 13 of the Convention.

## B. The urgent procedure in the *Conseil d'Etat*

27. The relevant provisions of the Royal Decree of 5 December 1991 laying down the urgent procedure in the *Conseil d'Etat* read as follows:

### Article 16

"In cases certified to be extremely urgent, Article 7 and 11 to 14 shall not be applicable.

In such cases, the president may issue a summons ordering the applicants, the respondent, any intervening party and any persons with an interest in the outcome of

the case to attend a hearing (which may be held at the president's home) at the time indicated, including on bank holidays and on a few days' or a few hours' notice.

The order shall be served on Crown Counsel or on a designated member of Crown Counsel's Office.

The notice shall, if applicable, indicate whether the administrative file has been lodged.

If the opposing party has not communicated the administrative file beforehand, it shall produce it to the president at the hearing and the president may suspend the hearing to allow the representative of Crown Counsel's Office, the applicants and any intervening party to inspect it.

The president may order immediate execution of the judgment."

**Article 25**

"Applications for provisional measures shall be made separately from applications for a stay of execution or for judicial review.

The application shall be signed by a party, a person with an interest in the outcome of the case or a lawyer satisfying the conditions laid down by section 19, second paragraph, of the consolidated Acts."

**Article 33**

"If an applicant for a stay of execution also seeks extremely urgent provisional measures, Article 25 shall apply to his or her application. Articles 29 to 31 shall not be applicable.

In cases certified to be extremely urgent, the president may issue a summons ordering the parties and any persons with an interest in the outcome of the case to attend a hearing (which may be held at the president's home) at the time indicated, including on bank holidays and on a few days' or a few hours' notice.

The order shall be served on Crown Counsel or on a designated member of Crown Counsel's Office.

The notice shall, if applicable, indicate whether the administrative file has been lodged.

The president may order immediate execution of the judgment."

28. The *Conseil d'Etat*'s practice direction on the "procedure to be followed by duty staff at weekends" includes the following passage concerning "the receipt of applications for stays under the extremely urgent procedure":

"The caretaker shall contact the duty judge, the representative of Crown Counsel's Office and the registrar so that the degree of urgency can be determined and a hearing date agreed. In cases concerning 'aliens', the registrar shall, at the judge's request, contact the Aliens Office to ascertain the scheduled repatriation date and shall seek confirmation by fax. It is advisable in all cases concerning 'aliens' for the Minister of the Interior and the Commissioner-General for Refugees and Stateless Persons to be recorded as the opposing parties. It is also prudent in cases involving imminent repatriation to order the applicant's appearance in person."

29. There are a number of examples in the case-law of the *Conseil d'Etat* of cases in which it ordered a stay of execution of a deportation order on the same day as the application for a stay under the extremely urgent procedure or on the following day, or, in any event, before the time-limit for leaving the territory expired. These are to be found in the following judgments: nos. 40.383 of 20 September 1992, 51.302 of 25 January 1995, 57.807 of 24 January 1996, 75.646 of 2 September 1998, 81.912 of 26 July 1999, 84.741 of 18 January 2000 and 85.025 of 1 February 2000.

The *Conseil d'Etat* has also ruled that it may entertain applications for judicial review of deportation orders (see, for instance, the following judgments: nos. 56.599 of 4 December 1995, 57.646 of 19 January 1996, 80.505 of 28 May 1999 and 85.828 of 3 March 2000).

### C. Other sources

30. In August 1999 there was a sharp increase in the number of asylum-seekers from Slovakia. While the average for the first seven months of 1999 had been 22 applications monthly, including 51 applications in July alone, no less than 359 applications were made between 1 and 24 August 1999. On that latter date, the Director-General of the Aliens Office wrote to the Minister of the Interior and the Commissioner-General for Refugees and Stateless Persons to inform them of his intention to deal with asylum applications from Slovakian nationals rapidly in order to send a clear signal to discourage other potential applicants.

31. A "Note providing general guidance on overall policy in immigration matters" approved by the Cabinet on 1 October 1999, contained, *inter alia*, the following passage:

"A plan for collective repatriation is currently under review, both to send a signal to the Slovakian authorities and to deport this large number of illegal immigrants whose presence can no longer be tolerated."

32. The report on Slovakia of 15 June 1998 of the European Commission against Racism and Intolerance contains the following passage:

"In Slovakia as in several other countries of central and eastern Europe, Roma/Gypsies belong to the most disadvantaged sections of society. Apart from a few isolated cases, they live outside the public arena, cut off from decision-making centres and the main currents of political opinion. They are often the victims of skinheads' violence and are regularly subjected to ill-treatment and discrimination by the authorities."

33. A further report produced by the applicants and drawn up after a joint mission to Slovakia in February 1999 of the Aliens Office and the Commissioner-General's Office for Refugees and Stateless Persons

appears to confirm the existence of serious discrimination against Roma, who are treated as a lower class.

## THE LAW

### I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 5 § 1 OF THE CONVENTION

34. The applicants alleged that their arrest at Ghent police station on 1 October 1999 entailed a violation of Article 5 § 1 of the Convention, the relevant part of which reads 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.”

35. The Court observes that, in its decision on the admissibility of the application, it joined to the merits the Government’s preliminary objection that the applicants had failed to exhaust domestic remedies, as they had not appealed to the committals division of the criminal court under section 71 of the Aliens Act.

36. As regards the merits, the applicants denied that their arrest had been necessary to secure their departure from Belgium. They complained above all of the manner of their arrest, saying that they had been lured into a trap as they had been induced into believing that their attendance at the police station was necessary to complete their asylum applications when, from the outset, the sole intention of the authorities had been to deprive them of their liberty. They had therefore been deceived about the purpose of their attendance at the police station and, accordingly, there had been an abuse of power that amounted to a violation of Article 5 § 1.

Consequently, no blame could attach to the applicants for their refusal to place any further trust in the authorities and their decision not to lodge an appeal with the Belgian courts. In the event, any such appeal would have been futile in the circumstances. The applicants had been trapped by the authorities, assembled as part of a collective-repatriation operation and placed in closed centres where they were told that no appeal was available to them; accordingly, they would not have been able to contact their lawyer, Mr van Overloop, directly.

Mr van Overloop had not learnt of his clients’ detention until Friday 1 October 1999, when he was informed by the President of the Roma

Rights League. At no stage between the applicants' arrest and the execution of the deportation order had any direct contact between them and their lawyer been possible, in particular as they were not permitted to receive any telephone communications from outside. Admittedly, they could have telephoned out, but they were convinced that it was impossible to appeal against their detention.

Consequently, Mr van Overloop would not have been able to lodge an application with the committals division in Ghent until Monday 4 October. Since the division sat on Mondays, Wednesdays and Fridays only, the case could not have been heard until Wednesday 6 October and the aircraft carrying the applicants left Belgium on Tuesday 5 October.

37. The Government pointed out that the applicants had been served on 3 March and 18 June 1999 with orders to leave the territory, which expressly stated that they were liable to detention with a view to deportation if they failed to comply. The applicants would therefore have been well aware that they were overstaying. Furthermore, Mrs Čonková had been convicted of theft by the Ghent Criminal Court. In those circumstances, it was absurd to suggest that the applicants had been acting in good faith. On the contrary, the "clean hands" doctrine or the *nemo auditur* adage had to be applied in their case.

In addition, the fact that the tenor of the notice was potentially ambiguous could not suffice to give rise to an inference that there had been an abuse of power. That was a serious accusation that could only be made out if the authority had acted solely for unlawful reasons, which was manifestly not the case. Besides, the Minister of the Interior had publicly expressed regret for the "unfortunate wording" of the notice. However, the fact that other aliens who had attended the police station after receiving the notice were released after their cases had been considered demonstrated that the notices had not been sent with the sole aim of carrying out arrests. Even if they had been, the method used was nonetheless preferable to going to aliens' homes or to their children's schools to arrest them. Therefore, any ruse there had been had been a "little ruse".

The Government saw no grounds on which the applicants could have been exempted from the requirement to lodge an appeal with the committals division of the criminal court. In their view, if the applicants were capable of applying to the European Court of Human Rights, they must have been equally capable in the same circumstances of appealing to the committals division.

38. The Court notes that it is common ground that the applicants were arrested so that they could be deported from Belgium. Article 5 § 1 (f) of the Convention is thus applicable in the instant case. Admittedly, the applicants contest the necessity of their arrest for that purpose; however, Article 5 § 1 (f) does not require that the detention of a person against whom action is being taken with a view to deportation be reasonably

considered necessary, for example to prevent his committing an offence or fleeing. In this respect, Article 5 § 1 (f) provides a different level of protection from Article 5 § 1 (c): all that is required under subparagraph (f) is that “action is being taken with a view to deportation” (see *Chahal v. the United Kingdom*, judgment of 15 November 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V, p. 1862, § 112).

39. Where the “lawfulness” of detention is in issue, including the question 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, among other authorities, *Bozano v. France*, judgment of 18 December 1986, Series A no. 111, p. 23, § 54, and *Chahal*, cited above, p. 1864, § 118).

40. In the present case, the applicants received a written notice at the end of September 1999 inviting them to attend Ghent police station on 1 October to “enable the file concerning their application for asylum to be completed”. On their arrival at the police station they were served with an order to leave the territory dated 29 September 1999 and a decision for their removal to Slovakia and for their arrest for that purpose. A few hours later they were taken to a closed transit centre at Steenokkerzeel.

41. The Court notes that, according to the Government, while the wording of the notice was admittedly unfortunate, as had indeed been publicly recognised by the Minister of the Interior (see paragraph 23 above), that did not suffice to vitiate the entire arrest procedure, or to warrant its being qualified as an abuse of power.

While the Court has reservations about the compatibility of such practices with Belgian law, particularly as the practice in the instant case was not reviewed by a competent national court, the Convention requires that any measure depriving an individual of his liberty must be compatible with the purpose of Article 5, namely to protect the individual from arbitrariness (see paragraph 39 above). Although the Court by no means excludes its being legitimate for the police to use stratagems in order, for instance, to counter criminal activities more effectively, acts whereby the authorities seek to gain the trust of asylum-seekers with a view to arresting and subsequently deporting them may be found to contravene the general principles stated or implicit in the Convention.

In that regard, there is every reason to consider that while the wording of the notice was “unfortunate”, it was not the result of inadvertence; on the contrary, it was chosen deliberately in order to secure the compliance of the largest possible number of recipients. At the hearing, counsel for the Government referred in that connection to a “little ruse”, which the authorities had knowingly used to ensure that the “collective repatriation” (see paragraph 23 above) they had decided to arrange was successful.

42. The Court reiterates that the list of exceptions to the right to liberty secured in Article 5 § 1 is an exhaustive one and only a narrow interpretation of those exceptions is consistent with the aim of that provision (see, *mutatis mutandis*, *K.-F. v. Germany*, judgment of 27 November 1997, *Reports* 1997-VII, p. 2975, § 70). In the Court's view, that requirement must also be reflected in the reliability of communications such as those sent to the applicants, irrespective of whether the recipients are lawfully present in the country or not. It follows that, even as regards overstayers, a conscious decision by the authorities to facilitate or improve the effectiveness of a planned operation for the expulsion of aliens by misleading them about the purpose of a notice so as to make it easier to deprive them of their liberty is not compatible with Article 5.

43. That factor has a bearing on the issue to which the Court must now turn, namely the Government's preliminary objection, which it has decided to join to the merits. In that connection, the Court reiterates that by virtue of Article 35 § 1 of the Convention normal recourse should be had by an applicant to remedies which are available and sufficient to afford redress in respect of the breaches alleged. The existence of the remedies in question must be sufficiently certain not only in theory but in practice, failing which they will lack the requisite accessibility and effectiveness (see, among other authorities, *Akdivar and Others v. Turkey*, judgment of 16 September 1996, *Reports* 1996-IV, p. 1210, § 66).

44. In the instant case, the Court identifies a number of factors which undoubtedly affected the accessibility of the remedy which the Government claim was not exercised. These include the fact that the information on the available remedies handed to the applicants on their arrival at the police station was printed in tiny characters and in a language they did not understand; only one interpreter was available to assist the large number of Roma families who attended the police station in understanding the verbal and written communications addressed to them and, although he was present at the police station, he did not stay with them at the closed centre. In those circumstances, the applicants undoubtedly had little prospect of being able to contact a lawyer from the police station with the help of the interpreter and, although they could have contacted a lawyer by telephone from the closed transit centre, they would no longer have been able to call upon the interpreter's services; despite those difficulties, the authorities did not offer any form of legal assistance at either the police station or the centre.

45. Whatever the position – and this factor is decisive in the eyes of the Court – as the applicants' lawyer explained at the hearing without the Government contesting the point, he was only informed of the events in issue and of his clients' situation at 10.30 p.m. on Friday 1 October 1999, such that any appeal to the committals division would have been pointless



because, had he lodged an appeal with the division on 4 October, the case could not have been heard until 6 October, a day after the applicants' expulsion on 5 October. Thus, although he still regarded himself as acting for the applicants (see paragraph 21 above), he was unable to lodge an appeal with the committals division.

46. The Convention is intended to guarantee rights that are not theoretical or illusory, but practical and effective (see, *mutatis mutandis*, *Matthews v. the United Kingdom* [GC], no. 24833/94, § 34, ECHR 1999-I). As regards the accessibility of a remedy within the meaning of Article 35 § 1 of the Convention, this implies, *inter alia*, that the circumstances voluntarily created by the authorities must be such as to afford applicants a realistic possibility of using the remedy. That did not happen in the present case and the preliminary objection must therefore be dismissed.

Consequently, there has been a violation of Article 5 § 1 of the Convention.

## II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 5 § 2 OF THE CONVENTION

47. The applicants alleged a violation of Article 5 § 2 of the Convention, which provides:

“Everyone who is arrested shall be informed promptly, in a language which he understands, of the reasons for his arrest and of any charge against him.”

They said that they had been given insufficient information about the reasons for their arrest, and had thus been prevented from exercising the remedy to which they were entitled by virtue of Article 5 § 4 of the Convention. No representative of the Ministry of the Interior, which had issued the orders of 29 September 1999 requiring them to leave the territory, had given any official information to the persons detained at Ghent police station. They had had to make do with the information contained in the documents handed to them. That information was, however, incomplete, as it did not give sufficient details to them about the legal and factual grounds for their arrest, the arrangements for their removal or the remedies available to them.

48. The Government maintained that the requirements of Article 5 § 2 had been followed to the letter and explained that the detention order of 29 September 1999 contained reasons and had been served on the applicants two days later at the police station. When the papers were served, a Slovak-speaking interpreter had been in attendance to provide those concerned with any explanation they might need on the content of the document.

49. In its decision on the admissibility of the complaint under Article 5 § 2, the Court joined the Government's preliminary objection to the merits. Since that objection is the same as the one raised under Article 5

§ 1, and regard being had to the conclusion set out in paragraph 46 above, it too must be dismissed.

50. As to the merits, the Court reiterates that paragraph 2 of Article 5 contains the elementary safeguard that any person arrested should know why he is being deprived of his liberty. This provision is an integral part of the scheme of protection afforded by Article 5: by virtue of paragraph 2 any person arrested must be told, in simple, non-technical language that he can understand, the essential legal and factual grounds for his arrest, so as to be able, if he sees fit, to apply to a court to challenge its lawfulness in accordance with paragraph 4. Whilst this information must be conveyed “promptly” (in French: “*dans le plus court délai*”), it need not be related in its entirety by the arresting officer at the very moment of the arrest. Whether the content and promptness of the information conveyed were sufficient is to be assessed in each case according to its special features (see, *mutatis mutandis*, *Murray v. the United Kingdom*, judgment of 28 October 1994, Series A no. 300-A, p. 31, § 72).

51. In the instant case, on their arrival at the police station, the applicants were served with the decision ordering their arrest. The document handed to them for that purpose stated that their arrest had been ordered pursuant to section 7, first paragraph, point (2), of the Aliens Act, in view of the risk that they might seek to elude deportation. A note in the documents mentioned an appeal to the committals division of the criminal court as being an available remedy against the detention order.

52. The Court has already noted that when the applicants were arrested at the police station a Slovak-speaking interpreter was present, notably for the purposes of informing the aliens of the content of the verbal and written communications which they received, in particular, the document ordering their arrest. Even though in the present case those measures by themselves were not in practice sufficient to allow the applicants to lodge an appeal with the committals division (see paragraph 46 above), the information thus furnished to them nonetheless satisfied the requirements of Article 5 § 2 of the Convention. Consequently, there has been no violation of that provision.

### III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 5 § 4 OF THE CONVENTION

53. The applicants also complained of a violation of Article 5 § 4 of the Convention, which reads as follows:

“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.”

They submitted that the only remedy available to them to challenge their detention was an appeal to the committals division of the criminal court under section 71 of the Aliens Act. However, that remedy did not satisfy the requirements of Article 5 § 4, since the committals division only carried out a very limited review of detention orders made under section 7 of the Aliens Act. That review was confined to the procedural lawfulness of the detention and the committals division did not have regard to the proportionality of the detention, that is to say to the issue whether, in the light of the special facts of each case, detention was justified. Furthermore, the circumstances of the applicants' arrest in the instant case were such that no appeal to the committals division would have been possible (see paragraph 36 above).

54. The Government, on the other hand, considered that the remedy satisfied all the requirements of Article 5 § 4.

55. The Court considers, firstly, that the fact that the applicants were released on 5 October 1999 in Slovakia does not render the complaint devoid of purpose, since the deprivation of liberty in issue lasted five days (cf. *Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom*, judgment of 30 August 1990, Series A no. 182, p. 20, § 45). It notes, however, that the Government's submissions on this point are the same as those on which they relied in support of their preliminary objection to the complaints under Article 5 §§ 1, 2 and 4 of the Convention (see paragraphs 37 and 49 above). Accordingly, the Court refers to its conclusion that the applicants were prevented from making any meaningful appeal to the committals division (see paragraph 46 above). Consequently, it is unnecessary to decide whether the scope of the jurisdiction of the committals division satisfies the requirements of Article 5 § 4.

In conclusion, there has been a violation of Article 5 § 4 of the Convention.

#### IV. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 4 OF PROTOCOL No. 4 TO THE CONVENTION

56. The applicants complained of a violation of Article 4 of Protocol No. 4 to the Convention, which provides:

“Collective expulsion of aliens is prohibited.”

In their submission, the expression “collective expulsion” must be understood as meaning any “collective implementation of expulsion measures”. The provision would become meaningless if a distinction were drawn between the prior decision and the execution of the measure, since the legislation of every member State now required a specific formal decision before expulsion, such that a distinction of that kind would mean

that it would no longer be possible to challenge a collective expulsion and Article 4 of Protocol No. 4 would be deprived of all practical effect.

The applicants considered, in particular, that the orders for their expulsion reflected the authorities' determination to deal with the situation of a group of individuals, in this instance Roma from Slovakia, collectively. They submitted that there was evidence of that in certain official documents, including letters sent on 24 August 1999 by the Director-General of the Aliens Office to the Minister of the Interior and the Commissioner-General for Refugees and Stateless Persons, in which the Director-General had announced that requests for asylum by Slovakian nationals would be dealt with rapidly in order to send a clear signal to discourage other potential applicants. The applicants also referred to a "Note providing general guidance on overall policy in immigration matters", which was approved on 1 October 1999 by the Cabinet and containing the following passage: "A plan for collective repatriation is currently under review, both to send a signal to the Slovakian authorities and to deport this large number of illegal immigrants whose presence can no longer be tolerated" (see paragraph 31 above). Likewise, on 23 December 1999, the Minister of the Interior had declared in response to a parliamentary question: "Owing to the large concentration of asylum-seekers of Slovakian nationality in Ghent, arrangements have been made for their collective repatriation to Slovakia" (see paragraph 23 above).

In the applicants' submission, those elements revealed a general system intended to deal with groups of individuals collectively from the moment the decision to expel them was made until its execution. In that connection, it was significant that the process had been christened "Operation Golf" by the authorities. Accordingly, irrespective of the formal appearance of the decisions that had been produced, it could not be said that there had been "a reasonable and objective examination of the particular circumstances of each of the aliens forming the group" in the instant case.

57. In response to that complaint, the Government objected that the applicants had failed to challenge the decisions which they alleged constituted a violation, namely those taken on 29 September 1999, in the *Conseil d'Etat*, notably by way of an application for a stay under the extremely urgent procedure.

The Court notes that that remedy is the same as the remedy relied on by the Government in connection with the complaint under Article 13 of the Convention taken in conjunction with Article 4 of Protocol No. 4. Consequently, the objection must be joined to the merits and examined with the complaint of a violation of those provisions.

58. As to the merits of the complaint of a violation of Article 4 of Protocol No. 4 taken alone, the Government referred to the Court's

decision in *Andric v. Sweden* ((dec.), no. 45917/99, 23 February 1999), in which the complaint was declared inadmissible, in support of their submission that there was no collective expulsion when an alien's immigration status was individually and objectively examined in a way that allowed him to put forward his case against expulsion. Although the orders made on 29 September 1999 to leave the territory had replaced the earlier orders, both the Aliens Office and the Commissioner-General's Office for Refugees and Stateless Persons, an independent, impartial and quasi-judicial body, had afforded the applicants an opportunity to set out their cases. The decision concerning Mrs Čonková comprised three pages of detailed reasoning typed in small characters and explaining why she was at no risk of treatment contrary to Article 3 of the Convention in her country of origin. As for Mr Čonka, he had not even taken the trouble to attend his appointment with the Commissioner-General, despite receiving due notification.

Further consideration had been given to the aliens' cases at Ghent police station, since some asylum-seekers whose applications had been refused were nevertheless allowed to walk free from the police station, notably on humanitarian grounds or for administrative reasons. The examination of some individual cases, including the Čonkas', had even continued until the applicants were about to board the aircraft, since a social-security payment had been made for October to each head of household, calculated to the nearest Belgian franc by reference to the number of people in each family. In short, the requirements of Article 4 of Protocol No. 4 had been amply satisfied.

59. The Court reiterates its case-law whereby collective expulsion, within the meaning of Article 4 of Protocol No. 4, is to be understood as any measure compelling aliens, as a group, to leave a country, except where such a measure is taken on the basis of a reasonable and objective examination of the particular case of each individual alien of the group (see *Andric*, cited above). That does not mean, however, that where the latter condition is satisfied the background to the execution of the expulsion orders plays no further role in determining whether there has been compliance with Article 4 of Protocol No. 4.

60. In the instant case, the applications for asylum made by the applicants were rejected in decisions of 3 March 1999 that were upheld on 18 June 1999. The decisions of 3 March 1999 contained reasons and were accompanied by an order made on the same day requiring the applicants to leave the territory. They were reached after an examination of each applicant's personal circumstances on the basis of their depositions. The decisions of 18 June 1999 were also based on reasons related to the personal circumstances of the applicants and referred to the order of 3 March 1999 to leave the territory, which had been stayed by the appeals under the urgent procedure.

61. The Court notes, however, that the detention and deportation orders in issue were made to enforce an order to leave the territory dated 29 September 1999; that order was made solely on the basis of section 7, first paragraph, point (2), of the Aliens Act, and the only reference to the personal circumstances of the applicants was to the fact that their stay in Belgium had exceeded three months. In particular, the document made no reference to their application for asylum or to the decisions of 3 March and 18 June 1999. Admittedly, those decisions had also been accompanied by an order to leave the territory, but by itself, that order did not permit the applicants' arrest. The applicants' arrest was therefore ordered for the first time in a decision of 29 September 1999 on a legal basis unrelated to their requests for asylum, but nonetheless sufficient to entail the implementation of the impugned measures. In those circumstances and in view of the large number of persons of the same origin who suffered the same fate as the applicants, the Court considers that the procedure followed does not enable it to eliminate all doubt that the expulsion might have been collective.

62. That doubt is reinforced by a series of factors: firstly, prior to the applicants' deportation, the political authorities concerned had announced that there would be operations of that kind and given instructions to the relevant authority for their implementation (see paragraphs 30 and 31 above); secondly, all the aliens concerned had been required to attend the police station at the same time; thirdly, the orders served on them requiring them to leave the territory and for their arrest were couched in identical terms; fourthly, it was very difficult for the aliens to contact a lawyer; lastly, the asylum procedure had not been completed.

63. In short, at no stage in the period between the service of the notice on the aliens to attend the police station and their expulsion did the procedure afford sufficient guarantees demonstrating that the personal circumstances of each of those concerned had been genuinely and individually taken into account.

In conclusion, there has been a violation of Article 4 of Protocol No. 4 to the Convention.

## V. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 13 OF THE CONVENTION

64. The applicants said that they had no remedy available to complain of the alleged violations of Article 3 of the Convention and Article 4 of Protocol No. 4 that satisfied the requirements of 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.”

65. In the applicants' submission, the procedure before the Commissioner-General for Refugees and Stateless Persons did not offer the guarantees required by Article 13. Firstly, the alien concerned had no guarantee of being heard since, although that was the practice, it did not constitute a right. Secondly, he had no access to his case file, could not consult the record of notes taken at the hearing or demand that his observations be put on record. As regards the remedies available before the *Conseil d'Etat*, they were not effective for the purposes of Article 13, as they had no automatic suspensive effect. In expulsion cases, in which enforcement of the contested State measure produced irreversible consequences, the effectiveness of the remedy depended on its having suspensive effect, which was thus a requirement of Article 13 of the Convention.

66. In particular, as regards remedies in the *Conseil d'Etat* under the extremely urgent procedure, the applicants accepted that in practice the judgment of the *Conseil d'Etat* was delivered before execution of the deportation order, but they argued that the law afforded no guarantee of that and the administrative authority was perfectly entitled to execute the deportation order without waiting for the judgment. Furthermore, the success rate of such applications was as low as 1.36%. It was also to be noted in passing that the *Conseil d'Etat* considered that aliens ceased to have an interest in pursuing the proceedings after leaving Belgian territory and it declined jurisdiction to quash or stay orders to leave the territory if they merely constituted a means of executing another decision, unless the challenge was based on new grounds, different from those relied on to contest the decision which the order to leave the territory sought to enforce.

67. The Government said that the effectiveness of the available remedies had to be determined as a whole, having regard to the fact that two categories of remedy existed under Belgian law and could be exercised successively and cumulatively against deportation orders made by the Aliens Office. One appeal lay to the Commissioner-General for Refugees and Stateless Persons, the other to the *Conseil d'Etat*.

68. The former was an independent, impartial and quasi-judicial body, as the Court of Cassation had again recently confirmed in a judgment of 14 March 2001 (see paragraph 26 above). Appeals to the Commissioner-General had automatic suspensive effect and the procedure afforded several procedural guarantees. Thus, due reasons setting out all the relevant circumstances of the case had to be given in the Commissioner's decisions. The adversarial principle was observed in the procedure so that every decision in asylum cases had to be based on evidence and information of which the applicant for refugee status was aware, which was common knowledge or which, failing that, had been the subject of adversarial argument.

In the instant case, Mrs Čonková had been heard at length by representatives of the Commissioner-General's Office, in the presence of an interpreter. She had not requested the assistance of a lawyer, but had been entitled to do so. Mr Čonka had not even kept his appointment.

69. An appeal lay against the decision of the Commissioner-General to the *Conseil d'Etat* by way of an application for judicial review and a stay of execution under the ordinary or extremely urgent procedure. The applicants had not used the extremely urgent procedure to apply for a stay of the decisions of 18 June 1999. Nor had they used it when challenging the deportation orders of 29 September 1999, which had replaced those of 18 June 1999.

70. The Government accepted that appeals to the *Conseil d'Etat* had no automatic suspensive effect and that the authorities were entitled in law not to withhold executing a deportation order solely on the ground that an appeal to that court – even under the extremely urgent procedure – had been lodged. However, appeals to the *Conseil d'Etat* had in the past had automatic suspensive effect and that had very rapidly led to a glut of appeals being lodged as a delaying tactic, a state of affairs that had forced the legislature to cancel the automatic suspensive effect in 1991. However, in order to protect the effectiveness of the remedy before the *Conseil d'Etat*, the legislature had at the same time introduced the extremely urgent procedure, thus restoring a fair balance between two fundamental values of the Convention: the proper administration of justice and the conduct of proceedings within a reasonable time on the one hand, and effective judicial protection on the other.

71. The procedure for applying for a stay of execution under the extremely urgent procedure was effective both in practice and in law and accordingly satisfied the requirements of Article 13.

As a matter of law, the Court's case-law on the subject did not require available remedies to have suspensive effect automatically and as of right. On the contrary, *Jabari v. Turkey* (no. 40035/98, § 50, ECHR 2000-VIII), for instance, showed that a mere power to issue a stay could suffice for the purposes of Article 13. The *Conseil d'Etat* had just such a power to issue a stay of execution under the extremely urgent procedure.

The procedure followed in such cases was very fast and applications had to be lodged before the period given to the alien to leave the territory had expired. In appropriate cases, the application could be dealt with in a single day. The president of the division could, by virtue of Article 16, second paragraph, of the Royal Decree of 5 December 1991 laying down the urgent procedure in the *Conseil d'Etat*, issue a summons at any time requiring the parties to attend, even on bank holidays, and on a few hours' notice; he frequently did so in deportation cases. Furthermore, aliens were entitled by Article 33 of the Royal Decree to request the president to order provisional measures, including an injunction



preventing deportation pending the outcome of the proceedings, under the extremely urgent procedure. Those procedures were available twenty-four hours a day and therefore afforded an effective remedy to check any inclination which the authorities might have to deport the alien before the *Conseil d'Etat* had delivered its judgment under the urgent procedure. In that connection, the Government referred to the *Conseil d'Etat*'s practice direction on the procedure to be followed by duty officers at weekends; the direction made it clear that, if the authorities were not prepared to defer execution of the deportation order, the hearing was to be set down and the judgment delivered before the measure was executed.

72. The numerous judgments cited by the Government in which the *Conseil d'Etat* had ordered stays of execution of orders for the deportation of aliens under the extremely urgent procedure showed how effective the remedy was in practice. Thus, during the two judicial years that had preceded the events at the origin of the dispute, that is to say 1997 to 1998 and 1998 to 1999, the administrative division had stayed the execution of decisions taken against foreign nationals in 25.22% of cases under the procedure. The percentage was 10.88% in the Dutch-speaking division.

73. In addition, the case-law contained examples of cases in which the order to leave the territory had been stayed or quashed by itself. While it was true that in the past there had been cases in which the *Conseil d'Etat* had held that deportation orders were merely a means of executing orders to leave the territory that had been made earlier, that case-law had since evolved and deportation orders were now regarded as administrative decisions against which an appeal lay. Added to which, while it was true that aliens who had left the national territory ceased to have any interest in obtaining a stay of execution of the deportation order, they nonetheless retained an interest in having it quashed, unless their departure had been voluntary.

74. Lastly, the Government submitted that the effectiveness of a remedy could not be determined without having regard to the political and legal context in Belgium and, consequently, the margin of appreciation that Belgium ought to be recognised as having in the instant case. The right to an effective remedy did not guarantee a right to abuse process or to be incompetent.

The *Conseil d'Etat* was currently confronted with major abuses of process which undermined its effectiveness, the caseload generated by the application of the Aliens Act already accounting by itself for more than half of the litigation before it. The vast majority of the applications were dilatory. In those circumstances, the aim of the legislature had not been to restrict access to the administrative courts, but solely to abolish a rule – the automatic suspensive effect of appeals – that was bound to have an unanticipated and disastrous effect in the Belgian context, contrary to

the principle of a proper administration of justice that underpinned Article 6 of the Convention.

75. The Court reiterates that Article 13 of the Convention guarantees the availability at national level of a remedy to enforce the substance of the Convention rights and freedoms in whatever form they may 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. The scope of the Contracting States’ obligations under Article 13 varies depending on the nature of the applicant’s complaint; however, the remedy required by Article 13 must be “effective” in practice as well as in law. The “effectiveness” of a “remedy” within the meaning of Article 13 does not depend on the certainty of a favourable outcome for the applicant. Nor does the “authority” referred to in that provision necessarily have to be a judicial authority; but if it is not, its powers and the guarantees which it affords are relevant in determining whether the remedy before it is effective. Also, even if a single remedy does not by itself entirely satisfy the requirements of Article 13, the aggregate of remedies provided for under domestic law may do so (see, among many other authorities, *Kudła v. Poland* [GC], no. 30210/96, § 157, ECHR 2000-XI).

76. However, for Article 13 to be applicable, the complaint must also be arguable (see, *mutatis mutandis*, *Chahal*, cited above, p. 1870, § 147). In the instant case, the complaints of a violation of Article 3 which the Court declared manifestly ill-founded on 13 March 2001 were not arguable. Accordingly, there has been no violation of Article 13 of the Convention taken in conjunction with Article 3.

77. But the complaint of a violation of Article 4 of Protocol No. 4 may, in the Court’s view, be regarded as arguable.

78. The Court observes in that connection that the expulsions in issue were carried out on the basis of orders to leave the territory dated 29 September 1999 which, according to the Government, replaced those made on 3 March and 18 June 1999 and in respect of which a remedy was available in the *Conseil d’Etat*, in particular an application for a stay of execution under the extremely urgent procedure.

The applicants failed to use that remedy despite the fact that their counsel was informed of the events in issue and his clients’ position at 10.30 p.m. on 1 October 1999 and considered that he was still acting for them. The applicants do not deny that the *Conseil d’Etat* may be regarded as a “national authority” within the meaning of Article 13, but argue that the remedy was not sufficiently effective to comply with that provision, as it did not produce any automatic suspensive effect. That issue must accordingly be examined.

79. The Court considers that the notion of an effective remedy under Article 13 requires that the remedy may prevent the execution of

measures that are contrary to the Convention and whose effects are potentially irreversible (see, *mutatis mutandis*, *Jabari*, cited above, § 50). Consequently, it is inconsistent with Article 13 for such measures to be executed before the national authorities have examined whether they are compatible with the Convention, although Contracting States are afforded some discretion as to the manner in which they conform to their obligations under this provision (see *Chahal*, cited above, p. 1870, § 145).

80. In the instant case, the *Conseil d'Etat* was called upon to examine the merits of the applicants' complaints in their application for judicial review. Having regard to the time which the examination of the case would take and the fact that they were under threat of expulsion, the applicants had also made an application for a stay of execution under the ordinary procedure, although the Government say that that procedure was ill-suited to the circumstances of the case. They consider that the applicants should have used the extremely urgent procedure.

The Court is bound to observe, however, that an application for a stay of execution under the ordinary procedure is one of the remedies which, according to the document setting out the Commissioner-General's decision of 18 June 1999, was available to the applicants to challenge that decision. As, according to that decision, the applicants had only five days in which to leave the national territory, applications for a stay under the ordinary procedure do not of themselves have suspensive effect and the *Conseil d'Etat* has forty-five days in which to decide such applications (section 17(4) of the consolidated Acts on the *Conseil d'Etat*), the mere fact that that application was mentioned as an available remedy was, to say the least, liable to confuse the applicants.

81. An application for a stay of execution under the extremely urgent procedure is not suspensive either. The Government stressed, however, that the president of the division may at any time – even on bank holidays and on a few hours' notice, as frequently occurred in deportation cases – summon the parties to attend so that the application can be considered and, if appropriate, an order made for a stay of the deportation order before its execution. It will be noted that the authorities are not legally bound to await the *Conseil d'Etat's* decision before executing a deportation order. It is for that reason that the *Conseil d'Etat* has, for example, issued a practice direction directing that on an application for a stay under the extremely urgent procedure the registrar shall, at the request of the judge, contact the Aliens Office to establish the date scheduled for the repatriation and to make arrangements regarding the procedure to be followed as a consequence. Two remarks need to be made about that system.

82. Firstly, it is not possible to exclude the risk that in a system where stays of execution must be applied for and are discretionary they may be refused wrongly, in particular if it was subsequently to transpire that the

court ruling on the merits has nonetheless to quash a deportation order for failure to comply with the Convention, for instance, if the applicant would be subjected to ill-treatment in the country of destination or be part of a collective expulsion. In such cases, the remedy exercised by the applicant would not be sufficiently effective for the purposes of Article 13.

83. Secondly, even if the risk of error is in practice negligible – a point which the Court is unable to verify, in the absence of any reliable evidence – it should be noted that the requirements of Article 13, and of the other provisions of the Convention, take the form of a guarantee and not of a mere statement of intent or a practical arrangement. That is one of the consequences of the rule of law, one of the fundamental principles of a democratic society, which is inherent in all the Articles of the Convention (see, *mutatis mutandis*, *Ialridis v. Greece* [GC], no. 31107/96, § 58, ECHR 1999-II).

However, it appears that the authorities are not required to defer execution of the deportation order while an application under the extremely urgent procedure is pending, not even for a minimum reasonable period to enable the *Conseil d'Etat* to decide the application. Furthermore, the onus is in practice on the *Conseil d'Etat* to ascertain the authorities' intentions regarding the proposed expulsions and to act accordingly, but there does not appear to be any obligation on it to do so. Lastly, it is merely on the basis of internal directions that the registrar of the *Conseil d'Etat*, acting on the instructions of a judge, contacts the authorities for that purpose, and there is no indication of what the consequences might be should he omit to do so. Ultimately, the alien has no guarantee that the *Conseil d'Etat* and the authorities will comply in every case with that practice, that the *Conseil d'Etat* will deliver its decision, or even hear the case, before his expulsion, or that the authorities will allow a minimum reasonable period of grace.

Each of those factors makes the implementation of the remedy too uncertain to enable the requirements of Article 13 to be satisfied.

84. As to the overloading of the *Conseil d'Etat's* list and the risks of abuse of process, the Court considers that, as with Article 6 of the Convention, Article 13 imposes on the Contracting States the duty to organise their judicial systems in such a way that their courts can meet its requirements (see, *mutatis mutandis*, *Sißmann v. Germany*, judgment of 16 September 1996, *Reports* 1996-IV, p. 1174, § 55). In that connection, the importance of Article 13 for preserving the subsidiary nature of the Convention system must be stressed (see, *mutatis mutandis*, *Kudla*, cited above, § 152).

85. In conclusion, the applicants did not have a remedy available that satisfied the requirements of Article 13 to air their complaint under Article 4 of Protocol No. 4. Accordingly, there has been a violation of Article 13 of the Convention and the objection to the complaint of a

violation of Article 4 of Protocol No. 4 (see paragraph 57 above) must be dismissed.

## VI. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

86. 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

87. The applicants said that the assessment of the non-pecuniary damage which they had sustained as a result of the violations of the Convention depended on the measures that the Belgian State undertook to adopt in the future to ensure that the Court’s judgment was fully enforced. Consequently, they wished to start discussions with the Belgian State regarding the consequences of the judgment.

88. The Government expressed no opinion on that point.

89. The Court points out that, 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 (see *Scozzari and Giunta v. Italy* [GC], no. 39221/98 and 41963/98, § 249, ECHR 2000-VIII). Consequently, the Court does not consider it appropriate to reserve the question. Ruling on an equitable basis, it assesses the non-pecuniary damage sustained by the applicants at 10,000 euros (EUR).

### B. Costs and expenses

90. The applicants sought EUR 19,850 for costs and expenses. They have provided details of the amount, which covers their representation before the Court by their three lawyers.

91. The Government submitted that the applicants’ lawyers could not claim payment of their fees directly under Article 41 and that it was for the applicants themselves to seek reimbursement of those fees (unless they could be regarded as having insufficient means, in which case they should have made an application for legal aid, which they had not done). Subject to that reservation, the Government agreed to pay a sum that was proportionate to the seriousness of the complaints that were held to be well-founded.

92. Having regard to the circumstances, and in particular to the fact that the applicants were deported from Belgium, the Court considers the claims made on behalf of the applicants admissible. Ruling on an equitable basis, it nonetheless finds that the amount is excessive and reduces it to EUR 9,000.

### C. Default interest

93. According to the information available to the Court, the statutory rate of interest applicable in Belgium at the date of adoption of the present judgment is 7% per annum.

### FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Dismisses* unanimously the Government's preliminary objection, in respect of the complaints under Article 5 §§ 1, 2 and 4 of the Convention, of a failure to exhaust domestic remedies;
2. *Holds* unanimously that there has been a violation of Article 5 § 1 of the Convention;
3. *Holds* unanimously that there has been no violation of Article 5 § 2 of the Convention;
4. *Holds* unanimously that there has been a violation of Article 5 § 4 of the Convention;
5. *Holds* by four votes to three that there has been a violation of Article 4 of Protocol No. 4 to the Convention;
6. *Holds* unanimously that there has been no violation of Article 13 of the Convention taken in conjunction with Article 3;
7. *Holds* by four votes to three that there has been a violation of Article 13 of the Convention taken in conjunction with Protocol No. 4 to the Convention;
8. *Holds* by six votes to one
  - (a) that the respondent State is to pay the applicants, within three months from the date on which the judgment becomes final according to Article 44 § 2 of the Convention, the following amounts:
    - (i) EUR 10,000 (ten thousand euros) in respect of non-pecuniary damage;
    - (ii) EUR 9,000 (nine thousand euros) in respect of costs and expenses;
  - (b) that simple interest at an annual rate of 7% shall be payable from the expiry of the above-mentioned three months until settlement;

9. *Dismisses* unanimously the remainder of the applicants' claim for just satisfaction.

Done in French, and notified in writing on 5 February 2002, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

S. DOLLÉ  
Registrar

J.-P. COSTA  
President

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

- (a) partly concurring and partly dissenting opinion of Mr Velaers;
- (b) partly dissenting opinion of Mr Jungwiert joined by Mr Kūris.

J.-P.C.  
S.D.

PARTLY CONCURRING AND PARTLY DISSENTING  
OPINION OF JUDGE VELAERS

(Translation)

*Article 5 §§ 1 and 4 of the Convention*

1. I agree with the Court that the circumstances in which the applicants were deprived of their liberty amount to a violation of Article 5 §§ 1 and 4 of the Convention.

2. The Convention requires that any deprivation of liberty must be “in accordance with a procedure prescribed by law”. Although the words “in accordance with a procedure prescribed by law” essentially refer to the domestic legislation and therefore state “the need for compliance with the relevant procedure under that law”, in *Winterwerp v. the Netherlands* (judgment of 24 October 1979, Series A no. 33, pp. 19-20, § 45) the Court nonetheless added: “... the domestic law must itself be in conformity with the Convention, including the general principles expressed or implied therein.”

3. The ruse used by the Belgian police must therefore be examined in the light of the “general principles” of the Convention. Police methods and tactics may only be regarded as proper and fair if they are proportionate to the aims which the authorities seek to achieve, for the principle of proportionality is a general principle of the Convention. It is applied in a wide range of cases by the Court in its case-law (particularly in its case-law on paragraphs 2 of Articles 8 to 11, and Article 14) and may be regarded as part of the Article 5 requirement that persons are only to be deprived of their liberty “in accordance with a procedure prescribed by law”. The method used by the Ghent police – ruse – is to my mind inconsistent with the principle of proportionality. The persons who were to be deprived of their liberty were not criminals. They were illegal immigrants whose request for asylum had been turned down. While the Court rightly refused to exclude the possibility of the police being allowed to use ruses to make the fight against crime more effective (see paragraph 41 of the judgment), in the instant case, the Ghent police were not concerned with a criminal investigation but with an administrative procedure of forcible expulsion. Although States are entitled to expel illegal immigrants in an effective manner and while there may not be many suitable alternatives and those there are in some cases have equally damaging consequences for the immigrants and their children, using a ruse such as that used by the Ghent police creates a danger that the public authorities will generally be perceived as not being credible in their administrative dealings with aliens illegally present on the national territory. In my opinion, that consequence means that the ruse used by the Ghent police contravened



the principle of proportionality. In a State in which the rule of law applies, illegal immigrants are not without rights. They must be able to rely on communications of the administrative authorities that concern them.

4. Article 5 § 4 of the Convention guarantees anyone who is deprived of his liberty the right to take proceedings. I agree with the Court that, in the instant case, the remedy before the committals division was not accessible (see paragraph 45 of the judgment). In addition, the Court rightly refers to its judgment in *Fox, Campbell and Hartley* (see paragraph 55 of the judgment). In that case, the applicants had been held for approximately thirty and forty-four hours. On the day following their arrest the applicants instituted habeas corpus proceedings, but they were released before the applications came for hearing before a judge. The Court held that it was unnecessary to examine the merits of the applicants' complaint under Article 5 § 4, as they had each been speedily released before any judicial review of their detention had taken place. In the present case, the deprivation of liberty lasted five days, not just a few hours. Regard being had to the length of the detention, the Belgian State should have guaranteed the right to take proceedings before a court, notwithstanding the fact that the intention was to release the applicants immediately after their expulsion.

*Article 4 of Protocol No. 4*

5. I am unable to agree with the majority that Article 4 of Protocol No. 4 has been violated.

It was important for the Court to reinforce the definition of "collective expulsion" that was given in the earlier decision of 23 February 1999 of the First Section of the Court in *Andric* (see paragraphs 58-59 of the judgment). Measures forcing aliens as a group to leave a country do not amount to a collective expulsion if they were taken after and on the basis of a reasonable and objective examination of the personal circumstances of each of the aliens forming the group. The Belgian State was therefore found to have violated Article 4 of Protocol No. 4 not merely because the applicants were repatriated as a group, by air, but because the majority doubted that a reasonable and objective examination of the personal circumstances of the applicants had taken place in practice. I do not share those doubts.

6. The applicants' requests for asylum were turned down in decisions taken by the Aliens Office on 3 March 1999 that were upheld on 18 June 1999 by the Commissioner-General for Refugees and Stateless Persons. The majority recognise that those decisions were reasoned and taken following an examination of the aliens' personal circumstances. In my opinion, the personal circumstances of the applicants were also examined briefly a third time. On the day they were arrested, the Ghent police contacted the Aliens Office to check whether any of those arrested had

leave to remain in Belgium. The fact that some of them were allowed to return home after their individual circumstances had been checked and their immigration status found to be in order shows that, even at that late stage in the deportation process, a final individual examination was carried out.

7. The majority's doubts stem from the fact that the deportation measures were taken pursuant to an order to leave the territory dated 29 September 1999, which referred solely to section 7, first paragraph, point (2), of the Aliens Act, without making any reference to the personal circumstances of those concerned other than to say that they had been in Belgium for more than three months. To my mind, the measures taken on 29 September 1999 cannot be isolated from the earlier decisions regarding the asylum procedure. The applicants' individual circumstances had been examined on two or even three occasions and that had provided sufficient justification for the expulsions. By attaching importance to the fact that the final order to leave the territory made no reference to the applicants' request for asylum, or to the decisions of 3 March and 18 June 1999, the majority appear to have introduced a purely formal element into the definition of the concept of "collective expulsion". In that connection, the majority should have followed the decision in *Andric*, in which the Court held: "the fact that a number of aliens receive similar decisions does not lead to the conclusion that there is a collective expulsion when each person has been given the opportunity to put arguments against his expulsion to the competent authorities on an individual basis."

8. The majority's doubts stem too from "a series of factors" concerning the forcible removal of the applicants (see paragraph 62 of the judgment). In my opinion, those factors could not in any way have influenced the decisions that were taken in the applicants' cases after the examination of their individual circumstances and did not, therefore, justify those doubts. Thus, the fact that on 24 August 1999 the Director-General of the Aliens Office wrote to the Commissioner-General for Refugees and Stateless Persons informing him of his intention to deal with the Slovakian nationals' requests for asylum rapidly in order to send a signal to discourage further applicants obviously could not have influenced decisions taken previously, *in tempore non suspecto*, against the applicants by the Aliens Office (on 3 March 1999) and the Commissioner-General for Refugees and Stateless Persons (on 18 June 1999). Indeed, the Commissioner-General is "a national authority, whose independence is guaranteed by law and who affords procedural guarantees to the alien" (Belgian Court of Cassation, 23 January 2001). The other factors referred to by the majority relate to the effective repatriation of the group. They relate to events at the end of September and cannot therefore justify the majority's doubts concerning the decisions taken against the aliens on 3 March 1999 and 18 June 1999. Indeed, the

majority themselves acknowledge that the repatriation of the group does not contravene Article 4 of Protocol No. 4 if there has been a reasonable and objective examination of the aliens' personal circumstances. Repatriation as a group, an option the national authorities are free to choose for reasons of efficiency and economy, clearly cannot take place without prior preparation.

*Articles 35 and 13 of the Convention*

9. I cannot share the majority's opinion that an application to the Belgian *Conseil d'Etat* for a stay of execution of the deportation orders of 29 September 1999 under the extremely urgent procedure was not a remedy which the applicants were required to exercise before lodging the complaint with the European Court of Human Rights (Article 35 of the Convention) and did not constitute an effective remedy (Article 13 of the Convention) which could have enabled the applicants to have the matters complained of put right.

10. As regards the complaints under Article 4 of Protocol No. 4 concerning the measures taken on 29 September 1999 and the circumstances in which they were prepared and executed on 5 October 1999 by the removal of the aliens as a group by air, the sole relevant remedy requiring examination was the application to the Belgian *Conseil d'Etat* for a stay of execution of the measures of 29 September 1999 under the extremely urgent procedure.

The majority were right not to take into account the applicants' appeal to the Commissioner-General for Refugees and Stateless Persons against the decision of the Aliens Office of 3 March 1999. Although such appeals have automatic suspensive effect, the applicants were obviously unable to raise their complaints of a violation of Article 4 of Protocol No. 4 before the Commissioner-General, as he had taken his decision on 18 June 1999 and the complaints concerned the preparation and execution of the measures taken on 29 September 1999. For the same reason, the application made by the applicants on 3 August 1999 to the *Conseil d'Etat* was not to be taken into consideration either. Indeed, an application for a stay of execution under the ordinary procedure – the procedure used by the applicants – does not entail, either in law or in practice, any suspensive effect. The sole relevant remedy capable of putting right the applicants' complaints was an application for a stay of execution of the measures of 29 September 1999 under the extremely urgent procedure.

11. As to the accessibility of that remedy, the majority rightly noted that the applicants' counsel was "informed of the events in issue and his clients' position at 10.30 p.m. on 1 October 1999 and considered that he was still acting for them" (see paragraph 78, second sub-paragraph, of the judgment). It follows that the applicants' lawyer could have made an

application for a stay of execution under the extremely urgent procedure, which is available round the clock and is the equivalent of an emergency injunction.

12. As regards the effectiveness of this type of remedy, it can be seen from a number of judgments of the *Conseil d'Etat*, which were cited by the Government, that an application for a stay of execution under the extremely urgent procedure offers reasonable prospects of success. The Government not only demonstrated, by numerous examples, that the procedure may be implemented extremely quickly, it also produced a large number of judgments in which the *Conseil d'Etat* had effectively suspended expulsion orders under the extremely urgent procedure. As to the success rate for applications under that procedure, the parties produced widely divergent statistics to the Court: the applicants set the rate at 1.36% while the Government produced a document delivered by the Head Registrar of the *Conseil d'Etat*, which indicates a rate of 25.22%. The Court, unfamiliar with the methods of calculation used, rightly did not seek to resolve that difference between the parties. However, in any event, it should be recalled that the effectiveness of a remedy does not depend on the certainty of a favourable outcome for the applicant; it suffices that there be real prospects of success. In view of the direct effect of Article 4 of Protocol No. 4 in Belgian law, it is clear that the Belgian *Conseil d'Etat* is empowered to stay the execution of any collective expulsion measure prohibited by that provision.

13. However, according to the majority, the application to the Belgian *Conseil d'Etat* for a stay of execution under the extremely urgent procedure does not satisfy the requirements of Article 13 of the Convention, as the suspensive nature of the application is too uncertain. In that connection it should first be pointed out that, under the Court's case-law, the effectiveness of a remedy depends on its suspensive effect when the complaints concern a violation of Article 3 of the Convention. Noting the "the irreversible nature of the damage which may result if the risk of torture or degrading treatment materialises", the Court requires that the measures in respect of which the remedy is sought cannot be executed before they have been examined by the national authorities. In the instant case, however, the Court held that the complaint of a violation of Article 3 of the Convention was manifestly ill-founded (see the admissibility decision of 13 March 2001) and, consequently, not arguable for the purposes of Article 13 (see paragraph 76 of the judgment). It is accordingly clear in this case that the applicants were in no danger of being subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment in their country of origin, Slovakia, after their expulsion.

14. Even if one accepts the majority's view that the effectiveness of a remedy concerning a complaint of a violation of Article 4 of Protocol No. 4 depends on its having suspensive effect, it should to be noted that under

the case-law of the Court the remedy is not required to be automatically suspensive; it suffices that it has suspensive effect “in practice” (see *Soering v. the United Kingdom*, judgment of 7 July 1989, Series A no. 161, p. 48, § 123, and *Vilvarajah and Others v. the United Kingdom*, judgment of 30 October 1991, Series A no. 215, p. 39, § 125).

15. In the present case, an application under the extremely urgent procedure to the *Conseil d’Etat* does not have automatic suspensive effect, but it may have the same effect in practice, for it is available round the clock. Under the procedure, the *Conseil d’Etat* issues a decision within a few hours, including at weekends. All applications under the extremely urgent procedure are automatically listed and dealt with directly. The *Conseil d’Etat* may order the parties’ attendance at a designated place, and within a matter of days or hours. In that connection, an internal document reveals how the procedure operates. It says: “In cases concerning ‘aliens’ the registrar shall, at the judge’s request, contact the Aliens Office to ascertain the scheduled repatriation date and shall seek confirmation by fax. ... It is ... prudent in cases involving imminent repatriation to order the applicant’s appearance in person.” Since an order for an appearance in person is binding, the State may not proceed with the alien’s expulsion. In addition, the *Conseil d’Etat* may, as part of the same procedure, order provisional measures as a matter of extreme urgency in the form of an injunction not to remove the alien pending the outcome of the proceedings.

16. The Government maintained that these procedural elements guaranteed that the application had suspensive effect in practice. It must be said that the applicants have not produced any concrete case in which an alien who had made an application for a stay of execution to the *Conseil d’Etat* under the extremely urgent procedure had been expelled while that application was pending. Nor have they produced any concrete example to show that the powers of the *Conseil d’Etat* in such proceedings are ineffective. In the absence of any such evidence, it is reasonable to suppose that in practice an application under the extremely urgent procedure has suspensive effect. Indeed, in paragraph 66 of the judgment, the majority summarises the applicants’ argument as follows: “In particular, as regards remedies in the *Conseil d’Etat* under the extremely urgent procedure, the applicants accepted that in practice the judgment of the *Conseil d’Etat* was delivered before execution of the deportation order, but they argued that the law afforded no guarantee of that and the administrative authority was perfectly entitled to execute the deportation order without waiting for the judgment.” That argument, which is correct in law, amounts to saying that the application has no automatic suspensive effect, but does have such effect in practice.

17. The Contracting States are afforded a certain margin of appreciation regarding the manner in which they comply with their obligations under Article 13 of the Convention. The Court stressed that

fundamental principle in *Vilvarajah and Others*, cited above. In that judgment, which also concerned the forcible expulsion of an alien whose request for asylum had been turned down, the Court observed: “However, Article 13 does not go so far as to require any particular form of remedy, Contracting States being afforded a margin of discretion in conforming to their obligations under this provision” (loc. cit., p. 39, § 122). In my opinion – and this factor is to my mind decisive in this case – the margin of appreciation should be wider when, as in the instant case, the complaint of a violation of Article 3 of the Convention is found to be manifestly ill-founded and, consequently, unarguable as regards Article 13 of the Convention.

18. It is for this reason that I consider that an application for a stay of execution to the *Conseil d’Etat* under the extremely urgent procedure should have been regarded as an accessible and effective domestic remedy, one which the applicants should have exercised (Article 35) and which is sufficiently effective to comply with the requirement of Article 13 of the Convention.

PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGE JUNGWIERT  
JOINED BY JUDGE KŪRIS

*(Translation)*

I agree with the majority that there has been a violation of Article 5 §§ 1, 2 and 4 of the Convention. However, I am unable to concur with the opinion that there has been a violation of Article 4 of Protocol No. 4, or of Article 13 of the Convention taken in conjunction with Article 4 of Protocol No. 4. The reasons for this are as follows.

As regards compliance with Article 4 of Protocol No. 4, the first two applicants each made a request for asylum which was initially declared inadmissible by the Aliens Office on the ground that they had not produced sufficient evidence to show that their lives were at risk for one of the reasons set out in the Geneva Convention relating to the Status of Refugees. The Commissioner-General upheld the decisions of the Aliens Office refusing the applicants leave to remain. In Mr Čonka's case, his decision was based on Mr Čonka's failure to attend his appointment. As regards Mrs Čonková, in some two pages of reasons, the Commissioner pointed out major discrepancies in her deposition and expressed serious doubts about her credibility.

Each decision was accompanied by an order to leave the territory. As the applicants did not comply, measures were taken for them to be forcibly expelled. The applicants were served with a notice requiring them to attend Ghent police station where a final examination of their files was carried out. The Ghent police contacted the Aliens Office. The aliens whose requests for asylum had been turned down and who were not entitled to remain in Belgium on any other grounds were deprived of their liberty and repatriated as part of a group. The fact that some of them were allowed to return home after their individual circumstances had been checked and their immigration status found to be in order shows that, even at that late stage in the deportation process, a final individual examination was carried out.

The fact that the expulsion orders were executed in respect of a group and that some seventy aliens of Slovakian nationality were repatriated together by air does not imply that there was a "collective expulsion" within the meaning of Article 4 of Protocol No. 4, since the personal circumstances of each expelled alien were examined on three occasions. That the last decisions of 29 September 1999 contain no reference to the reasons for the decisions of 3 March 1999 and 18 June 1999, but merely refer to the unlawful situation of those concerned (see section 7, first paragraph, point (2), of the Aliens Act), does not alter the fact that the aliens' individual circumstances were examined and provides sufficient

justification for the expulsions in issue. In that connection, I agree with the opinion expressed in the decision in *Andric v. Sweden* (see paragraph 58 of the judgment): “the fact that a number of aliens receive similar decisions does not lead to the conclusion that there is a collective expulsion when each person has been given the opportunity to put arguments against his expulsion to the competent authorities on an individual basis.”

Furthermore, this provision does not, in my opinion, prevent States from grouping together, for reasons of economy or efficiency, people who, at the end of similar proceedings, are to be expelled to the same country.

These considerations lead me to conclude that there has been no violation of Article 4 of Protocol No. 4.

As regards Article 13 of the Convention taken in conjunction with Article 4 of Protocol No. 4, it is the settled case-law of the Court that the Contracting States are afforded a certain margin of appreciation regarding the manner in which they comply with the obligations imposed on them by Article 13. In addition, when it is alleged that an imminent measure will expose the person concerned to the risk of treatment prohibited by Article 3 of the Convention, only a remedy that has suspensive effect, if not automatically at least in practice, will be an effective remedy under Article 13 of the Convention (see *Soering v. the United Kingdom*, judgment of 7 July 1989, Series A no. 161, p. 48, § 123, and *Vilvarajah and Others v. the United Kingdom*, judgment of 30 October 1991, Series A no. 215, p. 39, § 125).

Although the application which the applicants could have made to the *Conseil d'Etat* against the decisions of 29 September 1999 for a stay of execution under the extremely urgent procedure does not have automatic suspensive effect, it does have suspensive effect in practice, owing to the manner in which it is applied.

The extremely urgent procedure is available round the clock. Under the procedure, the *Conseil d'Etat* may issue a decision within a few hours, including at weekends. All applications under the extremely urgent procedure are automatically listed and dealt with directly. The *Conseil d'Etat* may order the parties' attendance at a designated place, and within a matter of days or hours. In that connection, an internal document reveals how the procedure operates. It says: “In cases concerning ‘aliens’ the registrar shall, at the judge’s request, contact the Aliens Office to ascertain the scheduled repatriation date and shall seek confirmation by fax. ... It is ... prudent in cases involving imminent repatriation to order the applicant’s appearance in person.” Since an order for an appearance in person is binding, the State may not proceed with the alien’s expulsion.

In addition, the *Conseil d'Etat* may, as part of the same procedure, order provisional measures as a matter of extreme urgency in the form of an



injunction not to remove the alien pending the outcome of the proceedings. The Government have furnished a number of examples of the effectiveness of the machinery in practice, more particularly of aliens held in a closed centre pending expulsion who have been able to lodge an application under the extremely urgent procedure.

As to the success rate of applications under that procedure, the parties produced widely divergent statistics to the Court: the applicants set the rate at 1.36% while the Government produced a document delivered by the registry of the *Conseil d'Etat*, which indicates a rate of 25.22%. That difference is probably the result of different methods of calculation being used. However, in any event, it should be recalled that the effectiveness of a remedy does not depend on the certainty of a favourable outcome. In the instant case, the Government have produced such a large number of judgments in which a stay of execution of an expulsion order was granted under the extremely urgent procedure that it is reasonable to deduce that the remedy is effective.

In conclusion, the applicants could have made an application for a stay of execution under the extremely urgent procedure against the decisions of 29 September 1999, but failed to do so. That remedy satisfies the requirements of Article 13. For this reason I consider that there has been no violation of that provision and that the Government's preliminary objection to the complaint of a violation of Article 4 of Protocol No. 4 is founded.



MIKULIĆ v. CROATIA  
*(Application no. 53176/99)*

FIRST SECTION

JUDGMENT OF 7 FEBRUARY 2002<sup>1</sup>

---

1. English original.



SUMMARY<sup>1</sup>**Adequacy of measures taken by courts to establish paternity****Article 8**

*Private life – Family life – Adequacy of measures taken by courts to establish paternity – Paternity – Physical and social identity – Establishment of relationships with others – Measures available to courts in establishing paternity*

\*  
\*   \*

The applicant was born out of wedlock in 1996. In January 1997 she and her mother brought a paternity action and in June 1997 the court gave judgment against the defendant. However, on the defendant's appeal, the court annulled this judgment and in March 1999 it ordered him to undergo a DNA test. He failed to keep appointments for a test on six occasions and also failed to appear at several court hearings. In July 2000 the court gave a judgment in which it found his paternity to have been established, considering that his avoidance of a DNA test supported the applicant's claim. This judgment was quashed on appeal and the case was remitted for retrial. In November 2001 the first-instance court again found paternity established on the basis that the defendant's avoidance of a DNA test corroborated the applicant's claim. The proceedings were pending on appeal when the Court adopted the present judgment.

*Held*

(1) Article 6 § 1: The proceedings had lasted about five years, of which about four years and two months fell within the Court's jurisdiction *ratione temporis*. In view of what was at stake for the applicant, the authorities were required to act with particular diligence. While the defendant had failed to appear for several hearings and had failed to attend any of the appointments for a DNA test, it is for the State to organise its legal system so as to ensure that the reasonable time requirement is met. Having regard to all the circumstances, the length of the proceedings was not reasonable.

*Conclusion*: violation (unanimously).

(2) Article 8: Although the Court has held that paternity proceedings may fall within the scope of this provision, in the present case no family ties had been established between the applicant and her alleged father. However, private life can sometimes embrace aspects of an individual's physical and social identity and respect for private life must also comprise to a certain degree the right to establish relationships with others. Moreover, there appeared to be no reason of principle

---

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

for excluding from the notion of “private life” the determination of the legal relationship between a child born out of wedlock and the natural father. Respect for private life requires that everyone should be able to establish details of his or her identity as an individual and entitlement to such information is of importance because of its formative implications for one’s personality. In the present case, the applicant sought to establish the identity of her natural father by means of court proceedings and there was a direct link between the establishment of paternity and her private life. The case therefore fell within the scope of Article 8.

It was necessary to examine whether the authorities, in handling the paternity claim, had breached their positive obligations under Article 8. Since the defendant denied paternity, the only way for the applicant to establish that he was her biological father was through civil court proceedings. In that connection, a procedural provision of a general character, giving discretionary power to courts to assess evidence, was not in itself a sufficient and adequate means for establishing paternity where the putative father was avoiding a court order to undergo a DNA test. In addition, the first-instance court had been ineffective in establishing paternity through the assessment of other relevant evidence and it appeared that it had been unable to find adequate procedural means to prevent the defendant from impeding the proceedings. The protection of third parties may preclude their being compelled to undergo medical testing of any kind and a system which has no means of compelling the alleged father to undergo a DNA test can in principle be considered compatible with the obligations deriving from Article 8. However, in such circumstances the interests of the person seeking to establish paternity must be secured and the principle of proportionality requires that alternative means be provided to enable the speedy determination of a paternity claim. In the present case, no such means were available to the applicant and the procedure available did not strike a fair balance between her right to have her uncertainty as to her personal identity eliminated without unnecessary delay and that of her alleged father not to undergo a DNA test. The authorities had therefore failed to secure “respect” for the applicant’s private life.  
*Conclusion:* violation (unanimously).

(3) Article 13: (a) The Court had already held that section 59(4) of the Constitutional Court Act does not represent an effective remedy in respect of the length of civil proceedings.

*Conclusion:* violation (unanimously).

(b) As to the absence of measures under domestic law to ensure the presence of the defendant in paternity proceedings, this had already been taken into account under Article 8 and it was not necessary to examine the same issue under Article 13.

*Conclusion:* not necessary to examine (unanimously).

Article 41: The Court made an award in respect of non-pecuniary damage.

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

*Handyside v. the United Kingdom*, judgment of 7 December 1976, Series A no. 24

*Foti and Others v. Italy*, judgment of 10 December 1982, Series A no. 56

*Rasmussen v. Denmark*, judgment of 28 November 1984, Series A no. 87

*X and Y v. the Netherlands*, judgment of 26 March 1985, Series A no. 91

*Bock v. Germany*, judgment of 29 March 1989, Series A no. 150  
*Gaskin v. the United Kingdom*, judgment of 7 July 1989, Series A no. 160  
*Niemietz v. Germany*, judgment of 16 December 1992, Series A no. 251-B  
*M.B. v. the United Kingdom*, no. 22920/93, Commission decision of 6 April 1994, Decisions and Reports 77-A  
*Keegan v. Ireland*, judgment of 26 May 1994, Series A no. 290  
*Kroon and Others v. the Netherlands*, judgment of 27 October 1994, Series A no. 297-C  
*Hokkanen v. Finland*, judgment of 23 September 1994, Series A no. 299-A  
*Botta v. Italy*, judgment of 24 February 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I  
*Stryanowski v. Poland*, judgment of 30 October 1998, *Reports* 1998-VIII  
*Humen v. Poland* [GC], no. 26614/95, 15 October 1999  
*G.H. v. Austria*, no. 31266/96, 3 October 2000  
*Horvat v. Croatia*, no. 51585/99, ECHR 2001-VIII





**In the case of Mikulić v. Croatia,**

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

Mr C.L. ROZAKIS, *President*,

Mrs F. TULKENS,

Mr P. LORENZEN,

Mrs N. VAJIĆ,

Mr E. LEVITS,

Mr A. KOVLER,

Mr V. ZAGREBELSKY, *judges*,

and Mr E. FRIBERGH, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 17 January 2002,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 53176/99) against the Republic of Croatia lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Croatian national, Ms Montana Lorena Mikulić (“the applicant”), on 9 October 1999.

2. The applicant was represented before the Court by Mr Hanžeković and Mr Radaković, lawyers practising in Zagreb. The Croatian Government (“the Government”) were represented by their Agent, Ms L. Lukina-Karajković.

3. The applicant alleged, in particular, that the proceedings concerning her paternity claim had failed to meet the “reasonable time” requirement, that her right to respect for her private and family life had been violated owing to the excessive length of those proceedings and that she had no effective remedy for speeding up the proceedings or ensuring the appearance of the defendant in court.

4. The application was allocated to the Fourth 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. By a decision of 7 December 2000 (Rule 54 § 4), the Chamber declared the application partly admissible<sup>1</sup>.

6. The applicant and the Government each filed observations on the merits (Rule 59 § 1). The Court decided, after consulting the parties, that no hearing on the merits was required (Rule 59 § 2 *in fine*). The parties replied in writing to each other’s observations.

---

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

7. On 7 November 2001 the application was allocated to the First Section. Within that Section, the Chamber that would consider the case (Article 27 § 1 of the Convention) was constituted as provided in Rule 26 § 1.

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

8. The applicant is a child born out of wedlock on 25 November 1996. On 30 January 1997 the applicant and her mother filed a civil suit against H.P. before the Zagreb Municipal Court (*Općinski sud u Zagrebu*) in order to establish paternity.

9. At the hearing on 17 June 1997 the Municipal Court pronounced judgment by default against the defendant. The adoption of such a judgment, however, is expressly prohibited by the Marriage and Family Act (*Zakon o braku i porodičnim odnosima* – 1977, 1980, 1982, 1984, 1987, 1989, 1990, 1992 and 1999) in “civil-status matters” (*statusni sporovi*). On 1 July 1997 the defendant appealed against that judgment.

10. At the hearing on 6 October 1997 the Zagreb Municipal Court annulled its own judgment. The next hearing was scheduled for 9 December 1997.

11. Meanwhile, H.P. filed a motion accusing the presiding judge of bias, which was allowed on 27 January 1998 by the President of the Zagreb Municipal Court. Consequently, on 23 February 1998 the case was transferred to another judge.

12. The hearing scheduled for 18 June 1998 was adjourned owing to the absence of H.P.’s counsel.

13. The hearing scheduled for 14 July 1998 was adjourned as H.P.’s counsel had died.

14. At the hearing on 14 October 1998 H.P.’s new counsel argued that the applicant’s mother had had relations with persons other than H.P. at the relevant time (*exceptio plurium concubentium*) and invited the court to summon several witnesses.

15. At the hearing on 21 January 1999 only two witnesses were heard, as the other witnesses failed to appear.

16. At the next hearing on 18 March 1999 the court ordered a DNA blood test. The appointment at the relevant clinic was scheduled for 21 May 1999, but H.P. failed to appear.

17. The next appointment was scheduled for 18 June 1999, but H.P. informed the court that he would be absent from 1 June 1999 until 15 September 1999.

18. On 19 July 1999 the court ordered another appointment for the blood test, which was scheduled for 27 September 1999, but H.P. again failed to appear.

19. On 13 October 1999 the court ordered a fourth appointment, scheduled for 22 October 1999, but H.P. informed the court that he would be absent that day.

20. On 28 November 1999 the court ordered a fifth appointment, scheduled for 6 December 1999, and once again H.P. failed to appear.

21. The next hearing scheduled for 17 February 2000 was adjourned as H.P. did not appear.

22. At the hearing on 29 February 2000 the court heard testimonies from the parties and scheduled the sixth appointment for the DNA tests for 25 April 2000, at which H.P. failed to appear.

23. The next hearing, scheduled for 5 June 2000, was adjourned, as H.P. did not appear.

24. On 12 July 2000 the court concluded the trial.

25. On 3 October 2000 the applicant's counsel received the Municipal Court's judgment of 12 July 2000 establishing the defendant's paternity and granting the applicant maintenance. The first-instance court found that the fact that the defendant had been avoiding DNA tests supported the applicant's claim. On 27 November 2000 H.P. appealed against the judgment.

26. On 3 April 2001 the Zagreb County Court (*Županijski sud u Zagrebu*) quashed the first-instance judgment and remitted the case for retrial. The appellate court found that the first-instance court had failed to establish all the relevant evidence and that H.P.'s paternity could not have been established primarily on his avoidance of DNA tests. It ordered the first-instance court to hear several witnesses who, as alleged by H.P., had had intimate relationships with the applicant's mother during the critical period.

27. On 15 May and 13 July 2001 the applicant requested the President of the Supreme Court to speed up the proceedings.

28. The hearings scheduled for 26 July and 30 August 2001 in the Zagreb Municipal Court were adjourned because H.P. and his counsel did not appear.

29. At the hearing on 27 September 2001 H.P.'s counsel accused the presiding judge of bias.

30. On 19 November 2001 the court of first instance concluded the trial and gave judgment, establishing the defendant's paternity and granting the applicant maintenance. It found that H.P.'s avoidance of DNA tests corroborated the applicant's mother's testimony that H.P. was the applicant's father.

31. On 7 December 2001 the applicant filed an appeal against the first-instance judgment, objecting to the amount of maintenance H.P. would have to pay her. H.P. also appealed against the judgment.

32. It appears that the proceedings are currently pending before the appellate court.

## II. RELEVANT DOMESTIC LAW

33. Section 8 of the Civil Procedure Act (*Zakon o građanskom postupku* – Official Gazette nos. 53/1991, 91/1992 and 112/1999) provides that courts are to determine civil matters according to their own discretion after carefully assessing all the evidence presented individually and as a whole and taking into consideration the results of the overall proceedings.

34. Section 59(4) of the Constitutional Act on the Constitutional Court (which entered into force on 24 September 1999 – “the Constitutional Court Act” (*Ustavni zakon o Ustavnom sudu*)) reads as follows:

“The Constitutional Court may, exceptionally, examine a constitutional complaint prior to exhaustion of other available remedies, if it is satisfied that a contested act, or failure to act within a reasonable time, grossly violates a party’s constitutional rights and freedoms and that, if it does not act, a party will risk serious and irreparable consequences.”

## THE LAW

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

35. The applicant alleged that the proceedings to establish H.P.’s paternity had not been concluded within a reasonable time, as required by Article 6 § 1 of the Convention, the relevant part of which reads:

“In the determination of his civil rights and obligations ..., everyone is entitled to a ... hearing within a reasonable time by [a] ... tribunal ...”

#### A. Period to be taken into account

36. The Court observes that the proceedings commenced on 30 January 1997, when the applicant lodged a civil action to have H.P.’s paternity established by the Zagreb Municipal Court. However, the period which falls within the Court’s jurisdiction did not begin on that date, but on 6 November 1997, after the Convention entered into force in respect of Croatia (see *Foti and Others v. Italy*, judgment of 10 December 1982, Series A no. 56, pp. 18-19, § 53). The proceedings are currently pending before the appellate court. Thus they have so far lasted about

five years, of which a period of about four years and two months falls to be examined by the Court.

37. The Court further notes that, in order to determine the reasonableness of the length of time in question, regard must also be had to the state of the case on 5 November 1997 (see, among other authorities, *Styranowski v. Poland*, judgment of 30 October 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VIII). In this connection, the Court notes that at the time when the Convention came into force in respect of Croatia the proceedings had lasted nine months.

### **B. Applicable criteria**

38. The Court reiterates that the reasonableness of the length of proceedings must be assessed in the light of the circumstances of the case and having regard to the criteria laid down in the Court's case-law, in particular the complexity of the case, the conduct of the applicant and of the relevant authorities, and the importance of what is at stake for the applicant in the litigation (see, as recent authorities, *Humen v. Poland* [GC], no. 26614/95, § 60, 15 October 1999, and *Horvat v. Croatia*, no. 51585/99, § 52, ECHR 2001-VIII).

### **C. Submissions of the parties**

39. The Government submitted that special urgency was required in family proceedings. However, such proceedings were of a delicate nature due to the relationship between the parties involved. One of the principles of civil proceedings was that the courts enjoyed discretionary power to evaluate all relevant evidence and reach their conclusion as to the facts of the case. In this connection, the Government contended that in the present case the court had assessed the facts on the basis of the evidence produced by the parties.

40. As to the behaviour of the applicant, they contended that she had contributed to the extended length of the proceedings since, even though she had asked the court to carry out a medical assessment and blood analysis in her initial claim, she had not specifically asked that DNA tests be carried out until the proceedings had already lasted ten months. In addition, she had not submitted further evidence until February 2000.

41. The applicant contested the Government's submissions and argued that in her initial claim she had proposed that the blood analysis be carried out and that DNA tests were part of such an analysis.

42. As to the conduct of the courts, the Government submitted that the court had been prevented from proceeding speedily with the case as a

result of the behaviour of the defendant, who had repeatedly ignored appointments for DNA tests and failed to attend court hearings.

43. The applicant argued that it had been for the court to ensure that the defendant complied with its orders. She further argued that the court had adopted a judgment by default, in breach of the provisions governing paternity disputes, and had thus provoked a delay in the proceedings, allowing the defendant to ask for the removal of the presiding judge. Eight months had elapsed between the adoption of the judgment and the date on which the judgment was quashed and the case transferred to another judge.

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

44. The Court reiterates that particular diligence is required in cases concerning civil status and capacity (see *Bock v. Germany*, judgment of 29 March 1989, Series A no. 150, p. 23, § 49). In view of what was at stake for the applicant in the present case, that is her right to have her paternity established or refuted and thus to have her uncertainty as to the identity of her natural father eliminated, the Court considers that the competent national authorities were required by Article 6 § 1 to act with particular diligence in ensuring the progress of the proceedings.

45. The Court notes that in the period to be taken into account the proceedings were altogether pending before the first-instance court for about four years and have been pending before the appellate court for about four months. The first-instance court scheduled fifteen hearings, six of which were adjourned owing to the defendant's absence. Not a single hearing was adjourned on account of the applicant's conduct. The first-instance court scheduled six appointments for DNA tests and the defendant did not attend any of those appointments. As to the Government's contention that the first-instance court was impeded in progressing with the proceedings because the defendant did not comply with the court's orders to attend the hearings and the DNA tests, the Court reiterates that it is for Contracting States to organise their legal systems in such a way that their courts can guarantee the right of everyone to obtain a final decision on disputes relating to civil rights and obligations within a reasonable time (see, among other authorities, *G.H. v. Austria*, no. 31266/96, § 20, 3 October 2000).

46. In the light of the criteria laid down in its case-law and having regard to all the circumstances of the case, the Court considers that the length of the proceedings complained of, which are still pending, failed to satisfy the reasonable time requirement. There has, accordingly, been a violation of Article 6 § 1 of the Convention.

## II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION

47. The applicant further complained that her right to respect for her private and family life had been violated because the domestic courts had been inefficient in deciding her paternity claim and had therefore left her uncertain as to her personal identity. She relied on Article 8 of the Convention, which provides:

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

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

### A. Applicability of Article 8

48. The Government maintained that the length of the paternity proceedings did not fall within the scope of Article 8 of the Convention. They argued that in the present case H.P. had not expressed a willingness to establish any kind of family relationship with the applicant.

49. The applicant submitted that she had been kept in a state of prolonged uncertainty as to her personal identity on account of the inefficiency of the domestic courts. Had the court promptly decided her case, her family relationship with her father might have been established at an earlier stage in her life.

50. The Court must determine whether the right asserted by the applicant falls within the scope of the concept of “respect” for “private and family life” set forth in Article 8 of the Convention.

51. As regards paternity proceedings, the Court has held on numerous occasions that such proceedings do fall within the scope of Article 8 (see, for example, *Rasmussen v. Denmark*, judgment of 28 November 1984, Series A no. 87, p. 13, § 33, and *Keegan v. Ireland*, judgment of 26 May 1994, Series A no. 290, p. 18, § 45). In this connection, the Court has held that the notion of “family life” in Article 8 is not confined solely to marriage-based relationships but may also encompass other *de facto* “family ties” where sufficient constancy is present (see, for example, *Kroon and Others v. the Netherlands*, judgment of 27 October 1994, Series A no. 297-C, pp. 55-56, § 30).

52. The present case differs from the paternity cases cited above in so far as no family tie has been established between the applicant and her alleged father. The Court reiterates, however, that Article 8, for its part, protects not only “family” but also “private” life.

53. Private life, in the Court's view, includes a person's physical and psychological integrity and can sometimes embrace aspects of an individual's physical and social identity. Respect for "private life" must also comprise to a certain degree the right to establish relationships with other human beings (see, *mutatis mutandis*, *Niemietz v. Germany*, judgment of 16 December 1992, Series A no. 251-B, pp. 33-34, § 29).

There appears, furthermore, to be no reason of principle why the notion of "private life" should be taken to exclude the determination of the legal relationship between a child born out of wedlock and her natural father.

54. The Court has held that respect for private life requires that everyone should be able to establish details of their identity as individual human beings and that an individual's entitlement to such information is of importance because of its formative implications for his or her personality (see *Gaskin v. the United Kingdom*, judgment of 7 July 1989, Series A no. 160, p. 16, § 39).

55. In the instant case the applicant is a child born out of wedlock who is seeking, by means of judicial proceedings, to establish who her natural father is. The paternity proceedings which she has instituted are intended to determine her legal relationship with H.P. through the establishment of the biological truth. Consequently, there is a direct link between the establishment of paternity and the applicant's private life.

The facts of the case accordingly fall within the ambit of Article 8.

## **B. Compliance with Article 8**

56. The applicant argued in effect not that the State should refrain from acting but rather that it should take steps to ensure adequate measures, in the context of a paternity dispute, to efficiently resolve her uncertainty as to her personal identity. Thus, the applicant complained in substance not of something that the State did, but of its lack of action.

57. The Court reiterates that while the essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective respect for private or family life. These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves (see *X and Y v. the Netherlands*, judgment of 26 March 1985, Series A no. 91, p. 11, § 23, and *Botta v. Italy*, judgment of 24 February 1998, *Reports* 1998-I, p. 422, § 33).

58. However, the boundaries between the State's positive and negative obligations under Article 8 do not lend themselves to precise definition. The applicable principles are nonetheless similar. In determining whether or not such an obligation exists, regard must be had to the fair



balance which has to be struck between the general interest and the interests of the individual; and in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation (see, for instance, *Keegan*, cited above, p. 19, § 49, and *M.B. v. the United Kingdom*, no. 22920/93, Commission decision of 6 April 1994, Decisions and Reports 77-A, p. 116).

59. The Court reiterates that its task is not to substitute itself for the competent Croatian authorities in determining the most appropriate methods for establishing paternity through judicial proceedings in Croatia, but rather to review under the Convention the decisions that those authorities have taken in the exercise of their power of appreciation. The Court will therefore examine whether Croatia, in handling the applicant's paternity claim, has been in breach of its positive obligation under Article 8 of the Convention (see, for instance, *Hokkanen v. Finland*, judgment of 23 September 1994, Series A no. 299-A, p. 20, § 55; and, *mutatis mutandis*, *Handyside v. the United Kingdom*, judgment of 7 December 1976, Series A no. 24, p. 23, § 49).

60. In the present case the only avenue by which the applicant may establish whether or not H.P. is her biological father is through judicial proceedings before a civil court, since H.P. denies paternity.

61. The Court notes in this connection that no measures exist under domestic law to compel H.P. to comply with the first-instance court's order that DNA tests be carried out. Nor is there any direct provision governing the consequences of such non-compliance. It is true, however, that in civil proceedings, pursuant to section 8 of the Civil Procedure Act, the courts must give judgment according to their own discretion after assessing the evidence presented individually and as a whole. The courts are, in this respect, free to reach conclusions taking into consideration the fact that a party has been obstructing the establishment of certain facts.

62. After three and a half years, during which time H.P. failed to appear at six appointments for DNA testing, the first-instance court concluded that H.P. was indeed the applicant's father. It based its conclusion on the testimony of the applicant's mother and on the fact that H.P. had been avoiding DNA tests. The appellate court, on the other hand, found this evidence insufficient for establishing his paternity. In this connection, the Court observes that a procedural provision of a general character, giving discretionary power to courts to assess evidence, is not in itself a sufficient and adequate means for establishing paternity in cases where the putative father is avoiding the court's order that DNA tests be carried out.

63. In addition, the first-instance court has been ineffective in resolving the question of paternity through the assessment of other relevant evidence. The Government argued that this was due to H.P.'s refusal to cooperate in the proceedings. It appears, however, that the court has been unable to find adequate procedural means to prevent H.P. from impeding the proceedings.

64. In the Court's opinion, persons in the applicant's situation have a vital interest, protected by the Convention, in receiving the information necessary to uncover the truth about an important aspect of their personal identity. On the other hand, it must be borne in mind that the protection of third persons may preclude their being compelled to make themselves available for medical testing of any kind, including DNA testing.

The States parties to the Convention have different solutions to the problem that arises when a putative father refuses to comply with court orders to submit to the tests which are necessary to establish the facts. In some States the courts may fine or imprison the person in question. In others, non-compliance with a court order may create a presumption of paternity or constitute contempt of court, which may entail criminal prosecution.

A system like the Croatian one, which has no means of compelling the alleged father to comply with a court order for DNA tests to be carried out, can in principle be considered to be compatible with the obligations deriving from Article 8, taking into account the State's margin of appreciation. The Court considers, however, that under such a system the interests of the individual seeking the establishment of paternity must be secured when paternity cannot be established by means of DNA testing. The lack of any procedural measure to compel the alleged father to comply with the court order is only in conformity with the principle of proportionality if it provides alternative means enabling an independent authority to determine the paternity claim speedily. No such procedure was available to the applicant in the present case (see, *mutatis mutandis*, *Gaskin*, cited above, p. 20, § 49).

65. Furthermore, in determining an application to have paternity established, the courts are required to have regard to the basic principle of the child's interests. The Court finds that the procedure available does not strike a fair balance between the right of the applicant to have her uncertainty as to her personal identity eliminated without unnecessary delay and that of her supposed father not to undergo DNA tests, and considers that the protection of the interests involved is not proportionate.

66. Accordingly, the inefficiency of the courts has left the applicant in a state of prolonged uncertainty as to her personal identity. The Croatian authorities have therefore failed to secure to the applicant the "respect" for her private life to which she is entitled under the Convention.

There has, consequently, been a violation of Article 8 of the Convention.

### III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 13 OF THE CONVENTION

67. The applicant also submitted that she had no effective remedy whereby she could raise the issue of the excessive length of the

proceedings in her case. Furthermore, the domestic legal system did not provide for any measure that would oblige defendants in paternity disputes to comply with a court order for DNA tests to be carried out. In her view, that amounted to a violation of 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.”

68. The Government invited the Court to find this part of the application manifestly ill-founded. They contended that the applicant had the possibility of lodging an application under section 59(4) of the Constitutional Court Act. In the Government’s view, that option represented an effective remedy in respect of the length of the proceedings in the applicant’s case.

69. The Court observes that the applicant’s complaint under Article 13 of the Convention is twofold. Firstly, she complained that she had no effective remedy in respect of the length of the proceedings.

70. In this connection, the Court notes that in *Horvat* it found that section 59(4) of the Constitutional Court Act did not represent an effective remedy in respect of the length of civil proceedings (see *Horvat*, cited above, § 65).

71. Similarly, the Court finds that in the present case there has been a violation of Article 13 of the Convention in so far as the applicant has no domestic remedy whereby she may enforce her right to a “hearing within a reasonable time” as guaranteed by Article 6 § 1 of the Convention.

72. As to her second complaint under Article 13, the applicant contended that no measures existed under domestic law to ensure the presence of the defendant before the court in paternity proceedings.

73. The Court has already taken this aspect into account in its considerations under Article 8 of the Convention. Having regard to its findings with respect to Article 8 (see paragraphs 57-66 above), it does not find it necessary to examine the same issue under Article 13 of the Convention.

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

74. Article 41 of the Convention provides:

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

### **A. Damage**

75. The applicant sought an award of 3,000,000 German marks in compensation for the suffering she had endured as a result of the violations of the Convention.

76. The Government asked the Court to assess the amount of just satisfaction to be awarded on the basis of its case-law in civil cases in which normal diligence was required.

77. The Court accepts that the applicant suffered damage of a non-pecuniary nature as a result of the length of the proceedings. Furthermore, the Court has found that the applicant was the victim of procedural defects in the proceedings in issue, this aspect being intimately related to the failure of the State to comply with its positive obligations relating to the right to respect for private life.

78. The Court thus concludes that the applicant has sustained some non-pecuniary damage which is not sufficiently compensated by the finding of a violation of the Convention. Making an assessment on an equitable basis, as required by Article 41, the Court awards the applicant 7,000 euros.

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

79. The applicant, who received legal aid from the Council of Europe in connection with the preparation of her case, did not seek reimbursement of costs and expenses. Accordingly, the Court considers that no award should be made under this head.

### **C. Default interest**

80. According to the information available to the Court, the statutory rate of interest applicable in Croatia at the date of adoption of the present judgment is 18% per annum.

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

1. *Holds* that there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention;
2. *Holds* that there has been a violation of Article 8 of the Convention;
3. *Holds* that there has been a violation of Article 13 of the Convention in respect of the complaint under Article 6 § 1;
4. *Holds* that it is not necessary to examine the complaint under Article 13 of the Convention in relation to Article 8;

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, EUR 7,000 (seven thousand euros) in respect of non-pecuniary damage, to be converted into kunas at the rate applicable at the date of settlement, together with any tax that may be chargeable;

(b) that simple interest at an annual rate of 18% 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 7 February 2002, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Erik FRIBERGH  
Registrar

Christos ROZAKIS  
President



MIKULIĆ c. CROATIE  
*(Requête n° 53176/99)*

PREMIÈRE SECTION

ARRÊT DU 7 FÉVRIER 2002<sup>1</sup>

---

1. Traduction; original anglais.





SOMMAIRE<sup>1</sup>**Caractère suffisant ou non des mesures prises par les tribunaux pour établir la paternité****Article 8**

*Vie privée – Vie familiale – Caractère suffisant ou non des mesures prises par les tribunaux pour établir la paternité – Paternité – Identité physique et sociale – Etablissement de relations avec autrui – Mesures s’offrant aux tribunaux pour établir la paternité*

\*  
\*   \*

La requérante est née hors mariage en 1996. En janvier 1997, sa mère et elle intentèrent une action en recherche de paternité et en juin 1997 le tribunal rendit un jugement contre le défendeur. Toutefois, sur appel de celui-ci, le tribunal annula ce jugement et en mars 1999 ordonna au père présumé de se soumettre à un test ADN. L’intéressé ne se rendit pas aux six rendez-vous pris en vue de ce test et ne comparut pas davantage à plusieurs audiences. En juillet 2000, le tribunal rendit un jugement où il estima que la paternité se trouvait établie car le fait que le père présumé se fût soustrait au test ADN venait à l’appui de la demande de la requérante. Ce jugement fut infirmé en appel et l’affaire renvoyée en jugement. En novembre 2001, la juridiction de première instance considéra à nouveau que la paternité était établie, le fait que le défendeur se fût soustrait au test ADN corroborant les dires de la requérante. La procédure d’appel se trouvait pendante lorsque la Cour adopta le présent arrêt.

1. Article 6 § 1: la procédure a duré environ cinq ans, dont quatre ans et deux mois relèvent de la compétence *ratione temporis* de la Cour. Eu égard à l’enjeu pour la requérante, les autorités étaient tenues d’agir avec une diligence particulière. Certes, le défendeur n’a pas comparu à plusieurs audiences et ne s’est rendu à aucun des rendez-vous pris en vue d’un test ADN, mais il incombe à l’Etat contractant d’organiser son système judiciaire de façon à remplir l’exigence du délai raisonnable. Eu égard à l’ensemble des circonstances, la durée de la procédure n’a pas répondu à l’exigence du délai raisonnable.

*Conclusion* : violation (unanimité).

2. Article 8: bien que la Cour ait dit qu’une procédure en recherche de paternité peut tomber sous l’empire de cette disposition, en l’espèce aucun lien familial n’avait été établi entre la requérante et son père présumé. Cependant, la vie

---

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

privée peut parfois englober des aspects de l'identité physique et sociale et le respect de la vie privée doit aussi comprendre, dans une certaine mesure, le droit de nouer des relations avec ses semblables. Il paraît d'ailleurs n'y avoir aucune raison de principe d'exclure de la notion de « vie privée » l'établissement d'un lien juridique entre un enfant né hors mariage et son géniteur. Le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain et le droit d'un individu à de telles informations est essentiel du fait de leur incidence sur la formation de la personnalité. En l'espèce, la requérante cherchait à établir qui est son géniteur au moyen d'une action judiciaire et il existait un lien direct entre l'établissement de la filiation et sa vie privée. L'affaire tombe donc sous l'empire de l'article 8.

Il y a lieu de rechercher si les autorités, dans la manière dont elles ont traité l'action en recherche de paternité, ont agi en méconnaissance de leur obligation positive découlant de l'article 8. Le défendeur niant la paternité, la seule voie qui s'offrait à la requérante pour établir s'il était ou non son père biologique était une procédure devant une juridiction civile. A cet égard, une disposition procédurale de caractère général qui confère aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire dans l'appréciation des preuves n'est pas en soi un moyen suffisant et adéquat pour établir la paternité dans l'hypothèse où le père présumé fait fi d'une décision judiciaire lui enjoignant de subir un test ADN. Par ailleurs, la juridiction de première instance n'a pas réussi à résoudre la question de la paternité par l'appréciation d'autres éléments pertinents et il apparaît qu'elle s'est montrée incapable de recourir à des moyens procéduraux pour empêcher le défendeur d'entraver la procédure. La protection des tiers peut exclure la possibilité de les contraindre à se soumettre à quelque analyse médicale que ce soit et un système qui ne prévoit pas de moyens de contraindre le père prétendu à se soumettre à un test ADN peut en principe être jugé compatible avec les obligations découlant de l'article 8. En de pareilles circonstances, les intérêts de la personne qui cherche à déterminer sa filiation doivent toutefois être défendus et le principe de proportionnalité veut que le système en question offre d'autres moyens grâce auxquels il soit statué rapidement sur l'action en recherche de paternité. Or en l'espèce la requérante ne disposait pas de pareils moyens et la procédure existante ne ménageait pas un juste équilibre entre son droit de voir dissiper sans retard inutile son incertitude quant à son identité personnelle et le droit de son père présumé de ne pas subir de test ADN. Les autorités ont donc failli à garantir à la requérante le « respect » de sa vie privée.

*Conclusion* : violation (unanimité).

3. Article 13: a) La Cour a déjà dit que l'article 59 § 4 de la loi sur la Cour constitutionnelle ne représentait pas un recours effectif relativement à la durée de procédures civiles.

*Conclusion* : violation (unanimité).

b) Quant à l'absence en droit interne de mesures permettant d'assurer la comparution du défendeur à l'action en recherche de paternité, la Cour a déjà tenu compte de cet aspect dans l'examen auquel elle s'est livrée sous l'angle de l'article 8 et il n'y a pas lieu d'examiner la même question sur le terrain de l'article 13.

*Conclusion* : non-lieu à examen (unanimité).

Article 41: la Cour alloue une somme pour dommage moral.

**Jurisprudence citée par la Cour**

- Handyside c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 décembre 1976, série A n° 24  
*Foti et autres c. Italie*, arrêt du 10 décembre 1982, série A n° 56  
*Rasmussen c. Danemark*, arrêt du 28 novembre 1984, série A n° 87  
*X et Y c. Pays-Bas*, arrêt du 26 mars 1985, série A n° 91  
*Bock c. Allemagne*, arrêt du 29 mars 1989, série A n° 150  
*Gaskin c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 1989, série A n° 160  
*Niemietz c. Allemagne*, arrêt du 16 décembre 1992, série A n° 251-B  
*M.B. c. Royaume-Uni*, n° 22920/93, décision de la Commission du 6 avril 1994, Décisions et rapports 77-B  
*Keegan c. Irlande*, arrêt du 26 mai 1994, série A n° 290  
*Kroon et autres c. Pays-Bas*, arrêt du 27 octobre 1994, série A n° 297-C  
*Hokkanen c. Finlande*, arrêt du 23 septembre 1994, série A n° 299-A  
*Botta c. Italie*, arrêt du 24 février 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-I  
*Styranowski c. Pologne*, arrêt du 30 octobre 1998, *Recueil* 1998-VIII  
*Humen c. Pologne* [GC], n° 26614/95, 15 octobre 1999  
*G.H. c. Autriche*, n° 31266/96, 3 octobre 2000  
*Horvat c. Croatie*, n° 51585/99, CEDH 2001-VIII



**En l'affaire Mikulić c. Croatie,**

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

M. C.L. ROZAKIS, *président*,

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

M. P. LORENZEN,

M<sup>mm</sup> N. VAJIĆ,

MM. E. LEVITS,

A. KOVLER,

V. ZAGREBELSKY, *juges*,

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

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 17 janvier 2002,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 53176/99) dirigée contre la République de Croatie et dont une ressortissante de cet Etat, M<sup>lle</sup> Montana Lorena Mikulić («la requérante»), a saisi la Cour le 9 octobre 1999 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales («la Convention»).

2. La requérante est représentée devant la Cour par M<sup>r</sup> Hanžeković et M<sup>r</sup> Radaković, avocats à Zagreb. Le gouvernement croate («le Gouvernement») est représenté par son agente, M<sup>me</sup> L. Lukina-Karajković.

3. La requérante alléguait en particulier que son action en recherche de paternité n'avait pas satisfait à l'exigence d'un «délai raisonnable», que son droit au respect de sa vie privée et familiale avait été violé du fait de la durée excessive de la procédure en question, et qu'elle n'avait disposé d'aucun recours effectif pour accélérer cette procédure ou obtenir la comparution du défendeur.

4. La requête a été attribuée à la quatrième 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.

5. Par une décision du 7 décembre 2000, la chambre a déclaré la requête partiellement recevable<sup>1</sup> (article 54 § 4 du règlement).

6. Tant la requérante que le Gouvernement ont déposé des observations écrites sur le fond de l'affaire (article 59 § 1 du règlement). La Cour ayant 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*

---

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

du règlement), les parties ont chacune soumis des commentaires écrits sur les observations de l'autre.

7. Le 7 novembre 2001, la requête a été attribuée à la première section 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.

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

8. La requérante est une enfant née hors mariage le 25 novembre 1996. Le 30 janvier 1997, sa mère et elle engagèrent devant le tribunal municipal de Zagreb (*Općinski sud u Zagrebu*) une action civile contre H.P. en vue de faire établir sa paternité.

9. A l'audience du 17 juin 1997, le tribunal municipal rendit contre le défendeur un jugement par défaut. Or la loi sur le mariage et la famille (*Zakon o braku i porodičnim odnosima* – 1977, 1980, 1982, 1984, 1987, 1989, 1990, 1992 et 1999) interdit expressément le prononcé d'un tel jugement dans une « affaire ayant trait à l'état civil » (*statusni sporovi*). Le 1<sup>er</sup> juillet 1997, le défendeur interjeta appel de la décision en question.

10. A l'audience du 6 octobre 1997, le tribunal municipal de Zagreb infirma son propre jugement. L'audience suivante fut fixée au 9 décembre 1997.

11. Dans l'intervalle, H.P. forma une demande par laquelle il contestait l'impartialité du président du tribunal municipal de Zagreb. Celui-ci ayant acquiescé le 27 janvier 1998, l'affaire fut confiée à un autre juge le 23 février 1998.

12. L'audience programmée pour le 18 juin 1998 fut reportée en raison de l'absence de l'avocat de H.P.

13. L'audience fixée au 14 juillet 1998 fut ajournée en raison du décès de l'avocat de H.P.

14. A l'audience du 14 octobre 1998, le nouvel avocat de H.P. affirma que la mère de la requérante avait eu à l'époque considérée des relations avec d'autres hommes que H.P. (exception d'amants multiples) et invita le tribunal à faire comparaître divers témoins.

15. A l'audience du 21 janvier 1999, seuls deux témoins furent entendus, les autres ne s'étant pas présentés.

16. A l'audience suivante, le 18 mars 1999, le tribunal ordonna un test ADN à partir du sang. Un rendez-vous dans une clinique compétente fut fixé au 21 mai 1999, mais H.P. ne s'y rendit pas.

17. Le rendez-vous suivant fut fixé au 18 juin 1999, mais H.P. informa le tribunal qu'il serait absent du 1<sup>er</sup> juin au 15 septembre 1999.

18. Le 19 juillet 1999, le tribunal demanda que fût pris un nouveau rendez-vous pour l'analyse de sang. Celui-ci fut fixé au 27 septembre 1999, mais H.P. négligea à nouveau de s'y rendre.

19. Le 13 octobre 1999, le tribunal ordonna un quatrième rendez-vous, fixé au 22 octobre 1999, mais H.P. informa le tribunal qu'il serait absent ce jour-là.

20. Le 28 novembre 1999, le tribunal ordonna un cinquième rendez-vous, fixé au 6 décembre 1999; H.P. omit à nouveau de s'y présenter.

21. L'audience suivante, qui devait se tenir le 17 février 2000, fut reportée en raison de la non-comparution de H.P.

22. Lors de l'audience du 29 février 2000, le tribunal entendit les témoignages des parties et fixa au 25 avril 2000 le sixième rendez-vous pour les tests ADN. H.P. ne s'y rendit pas.

23. L'audience suivante, programmée pour le 5 juin 2000, fut reportée, car H.P. ne s'y présenta pas.

24. Le 12 juillet 2000, le tribunal décida de clore la procédure.

25. Le 3 octobre 2000, l'avocat de la requérante reçut le jugement du tribunal municipal du 12 juillet 2000, qui établissait la paternité du défendeur et allouait une pension alimentaire à l'enfant. La juridiction de première instance estimait que le fait que le défendeur se fût soustrait aux tests ADN venait à l'appui de la demande de la requérante. Le 27 novembre 2000, H.P. interjeta appel de cette décision.

26. Le 3 avril 2001, le tribunal de comté de Zagreb (*Županijski sud u Zagrebu*) infirma la décision de première instance et renvoya l'affaire en jugement. La juridiction d'appel estima que la juridiction de première instance n'avait pas recueilli tous les éléments pertinents et que l'on ne pouvait établir la paternité de H.P. en se fondant essentiellement sur le fait qu'il s'était soustrait aux tests ADN. La juridiction d'appel invita la juridiction de première instance à entendre divers témoins qui, selon les dires de H.P., avaient eu des relations intimes avec la mère de la requérante durant la période à considérer.

27. Le 15 mai et le 13 juillet 2001, la requérante pria le président de la Cour suprême d'accélérer la procédure.

28. Les audiences du tribunal municipal de Zagreb fixées au 26 juillet et au 30 août 2001 furent reportées, H.P. et son avocat n'ayant pas comparu.

29. A l'audience du 27 septembre 2001, l'avocat de H.P. contesta l'impartialité du président de cette juridiction.

30. Le 19 novembre 2001, la juridiction de première instance conclut la procédure et rendit son jugement établissant la paternité du défendeur et allouant une pension alimentaire à l'enfant. Le tribunal considérait que le fait que H.P. se fût soustrait aux tests ADN corroborait le témoignage de la mère de la requérante selon lequel H.P. était bien le père de la fillette.

31. Le 7 décembre 2001, la requérante fit appel du jugement de première instance au motif que le montant de la pension alimentaire que H.P. devait lui verser était insuffisant. Ce dernier fit également appel.

32. Il semble que la procédure soit toujours pendante devant la juridiction d'appel.

## II. LE DROIT INTERNE PERTINENT

33. Selon l'article 8 de la loi sur la procédure civile (*Zakon a građanskom postupku*, Journal officiel n° 53/1991, 91/1992 et 112/1999), les tribunaux tranchent les litiges civils en exerçant leur pouvoir discrétionnaire, après avoir apprécié avec soin, individuellement et globalement, tous les moyens de preuve présentés et avoir pris en compte les résultats de l'ensemble de la procédure.

34. L'article 59 § 4 de la loi constitutionnelle sur la Cour constitutionnelle (entrée en vigueur le 24 septembre 1999 – ci-après «la loi sur la Cour constitutionnelle» (*Ustavni zakon o Ustavnom sudu*)) est ainsi libellé :

«La Cour constitutionnelle peut, à titre exceptionnel, examiner un recours constitutionnel avant que les autres recours possibles ne soient épuisés si elle estime qu'une action, ou l'absence de toute action entreprise dans un délai raisonnable, enfreint manifestement les droits et libertés constitutionnels d'une des parties et que, sans intervention de sa part, cette partie serait exposée à des conséquences graves et irréparables.»

## EN DROIT

### I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 6 § 1 DE LA CONVENTION

35. La requérante se plaint que la procédure visant à faire établir la paternité de H.P. n'ait pas abouti dans un délai raisonnable, en violation de l'article 6 § 1 de la Convention, dont le passage pertinent est ainsi libellé :

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

#### A. Période à considérer

36. La Cour observe que la procédure a été ouverte le 30 janvier 1997, date à laquelle la requérante a engagé une action civile pour faire établir la paternité de H.P. par le tribunal municipal de Zagreb. Toutefois, ce n'est pas à cette date qu'a débuté la période relevant de la compétence



de la Cour, mais le 6 novembre 1997, après l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de la Croatie (*Foti et autres c. Italie*, arrêt du 10 décembre 1982, série A n° 56, pp. 18-19, § 53). La procédure est actuellement pendante devant la juridiction d'appel. Elle a donc duré à ce jour quelque cinq ans, dont une période d'environ quatre ans et deux mois relève de l'examen de la Cour.

37. La Cour rappelle de surcroît que, pour juger du caractère raisonnable ou non du laps de temps concerné, il y a lieu de tenir compte également de l'état où la cause se trouvait au 5 novembre 1997 (voir, parmi d'autres, *Styranowski c. Pologne*, arrêt du 30 octobre 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VIII). Sur ce point, la Cour observe qu'au moment où la Convention est entrée en vigueur à l'égard de la Croatie, la procédure durait déjà depuis neuf mois.

## **B. Critères applicables**

38. La Cour réitère que le caractère raisonnable ou non de la durée de la procédure doit s'apprécier à la lumière des circonstances de la cause et eu égard aux critères qui se dégagent de la jurisprudence de la Cour, en particulier la complexité de l'affaire, le comportement du requérant et des autorités concernées et l'enjeu du litige pour l'intéressé (voir les arrêts récents *Humen c. Pologne* [GC], n° 26614/95, § 60, 15 octobre 1999, et *Horvat c. Croatie*, n° 51585/99, § 52, CEDH 2001-VIII).

## **C. Arguments des parties**

39. Le Gouvernement fait valoir qu'une urgence particulière s'attache aux procédures relatives aux affaires familiales. Toutefois, de telles procédures sont délicates eu égard aux relations entre les parties concernées. L'un des principes de la procédure civile veut que les tribunaux jouissent d'une certaine latitude pour apprécier tous les éléments de preuve pertinents et se prononcer sur les faits de la cause. A cet égard, le Gouvernement affirme qu'en l'espèce le tribunal a apprécié les faits en se fondant sur les moyens de preuve présentés par les parties.

40. Quant au comportement de la requérante, le Gouvernement soutient que celle-ci a contribué à l'allongement de la durée de la procédure car, même si elle a prié le tribunal d'ordonner un examen médical et une analyse de sang dans sa demande initiale, elle n'a sollicité spécifiquement des tests ADN que dix mois après le début de la procédure. De plus, elle n'a soumis de nouveaux éléments qu'en février 2000.

41. La requérante rejette les arguments du Gouvernement; elle affirme avoir proposé dans sa demande initiale qu'une analyse de sang soit effectuée et considère que les tests ADN faisaient partie intégrante d'une telle analyse.

42. Concernant l'attitude des tribunaux, le Gouvernement explique que la juridiction concernée n'a pas pu traiter cette affaire rapidement en raison du comportement du défendeur, qui à plusieurs reprises a ignoré les rendez-vous fixés en vue des tests ADN et a négligé de comparaître lors des audiences.

43. La requérante affirme qu'il incombait au tribunal de veiller à ce que le défendeur se conformât à ses injonctions. Elle ajoute que la juridiction en question a rendu un jugement par défaut, en méconnaissance des dispositions qui régissent les différends en matière de paternité, ce qui a entraîné un retard dans la procédure et permis au défendeur de demander la récusation du président du tribunal. Huit mois se sont écoulés entre l'adoption du jugement et le jour où celui-ci a été infirmé et où l'affaire a été confiée à un autre juge.

#### **D. Appréciation de la Cour**

44. La Cour rappelle qu'une diligence spéciale s'impose en matière d'état et de capacité des personnes (*Bock c. Allemagne*, arrêt du 29 mars 1989, série A n° 150, p. 23, § 49). Eu égard à l'enjeu de cette affaire pour la requérante, à savoir son droit de voir établir ou réfuter la paternité du défendeur et donc de mettre un terme à son incertitude quant à l'identité de son géniteur, la Cour estime que l'article 6 § 1 faisait obligation aux autorités internes compétentes d'agir avec une diligence particulière afin de garantir un déroulement rapide de la procédure.

45. La Cour observe qu'au total, pendant la période à considérer, la procédure a été pendante devant la juridiction de première instance durant quelque quatre ans et en appel environ quatre mois. La juridiction de première instance a programmé quinze audiences, dont six ont été reportées en raison de l'absence du défendeur. Aucune audience n'a été différée du fait du comportement de la requérante. Cette juridiction a fixé six rendez-vous pour des tests ADN et le défendeur ne s'est rendu à aucun d'entre eux. Quant à l'argument du Gouvernement selon lequel la juridiction de première instance n'a pas pu faire avancer la procédure parce que le défendeur ne se pliait pas à ses injonctions de se présenter aux audiences et de se soumettre aux tests ADN, la Cour rappelle qu'il incombe aux Etats contractants d'organiser leur système judiciaire de telle sorte que leurs juridictions puissent garantir à chacun le droit d'obtenir, dans un délai raisonnable, une décision définitive sur les contestations relatives à ses droits et obligations de caractère civil (voir, parmi d'autres, *G.H. c. Autriche*, n° 31266/96, § 20, 3 octobre 2000).

46. A la lumière des critères énoncés dans sa jurisprudence et eu égard à l'ensemble des circonstances de la cause, la Cour estime que la durée de la procédure litigieuse, qui est toujours pendante, n'a pas répondu à

l'exigence du délai raisonnable. Dès lors, elle conclut à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

## II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

47. Par ailleurs, la requérante affirme que son droit au respect de sa vie privée et familiale a été violé du fait que les tribunaux internes se sont montrés incapables de statuer sur son action en recherche de paternité et l'ont donc laissée dans l'incertitude quant à son identité personnelle. Elle invoque l'article 8 de la Convention, qui est ainsi libellé :

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

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

### A. Applicabilité de l'article 8

48. Le Gouvernement arguë que la durée de l'action en recherche de paternité n'entre pas dans le cadre de l'article 8 de la Convention. Il estime qu'en l'espèce H.P. n'a pas exprimé la volonté d'établir un quelconque lien familial avec la requérante.

49. La requérante explique qu'elle a été maintenue dans un état d'incertitude prolongée quant à son identité personnelle en raison de l'inefficacité des juridictions internes. Si le tribunal avait statué rapidement sur sa cause, son lien familial avec son père aurait pu être établi à un stade plus précoce de son existence.

50. La Cour doit déterminer si le droit que fait valoir la requérante entre dans le cadre de la notion de « respect » de la « vie privée et familiale » contenue à l'article 8 de la Convention.

51. La Cour a dit à maintes reprises que les procédures ayant trait à la paternité tombent sous l'empire de l'article 8 (voir, par exemple, les arrêts *Rasmussen c. Danemark*, 28 novembre 1984, série A n° 87, p. 13, § 33, et *Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994, série A n° 290, p. 18, § 45). A cet égard, la Cour a indiqué que la notion de « vie familiale » visée par l'article 8 ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage mais peut englober d'autres « liens familiaux » *de facto* lorsqu'une relation a suffisamment de constance (voir, par exemple, *Kroon et autres c. Pays-Bas*, arrêt du 27 octobre 1994, série A n° 297-C, pp. 55-56, § 30).

52. Le cas d'espèce se distingue des autres affaires de paternité susmentionnées, dans la mesure où aucun lien familial n'a été établi entre la requérante et son père prétendu. La Cour rappelle toutefois que l'article 8, pour sa part, protège non seulement la vie «familiale» mais aussi la vie «privée».

53. La Cour estime que la vie privée inclut l'intégrité physique et psychologique d'une personne et englobe quelquefois des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu. Le respect de la «vie privée» doit aussi comprendre, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer des relations avec ses semblables (voir, *mutatis mutandis*, *Niemietz c. Allemagne*, arrêt du 16 décembre 1992, série A n° 251-B, pp. 33-34, § 29).

Il paraît d'ailleurs n'y avoir aucune raison de principe de considérer la notion de «vie privée» comme excluant l'établissement d'un lien juridique entre un enfant né hors mariage et son géniteur.

54. La Cour a déjà déclaré que le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain et que le droit d'un individu à de telles informations est essentiel du fait de leurs incidences sur la formation de la personnalité (*Gaskin c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 1989, série A n° 160, p. 16, § 39).

55. En l'espèce, la requérante est une enfant née hors mariage qui cherche, par la voie judiciaire, à établir qui est son géniteur. En quête de la vérité biologique, son action en recherche de paternité vise à déterminer ses liens juridiques avec H.P. En conséquence, il existe une relation directe entre l'établissement de la filiation et la vie privée de la requérante.

Il s'ensuit que les faits de la cause tombent sous l'empire de l'article 8 de la Convention.

## **B. Observation de l'article 8**

56. La requérante fait valoir non pas que l'Etat doit s'abstenir d'agir, mais qu'il doit s'employer à ce que, dans le cadre de ce différend en matière de paternité, des mesures adéquates soient adoptées pour dissiper de manière effective l'incertitude de l'intéressée quant à son identité personnelle. Ainsi, la requérante se plaint en réalité non pas de l'action mais de l'inaction de l'Etat.

57. La Cour rappelle que si l'article 8 a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas de commander à l'Etat de s'abstenir de pareilles ingérences: à cet engagement négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale. Elles peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux (arrêts *X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, série A n° 91, p. 11, § 23, et *Botta c. Italie*, 24 février 1998, *Recueil* 1998-I, p. 422, § 33).

58. La frontière entre les obligations positives et négatives de l'Etat au titre de l'article 8 ne se prête toutefois pas à une définition précise. Les principes applicables sont néanmoins comparables. Pour déterminer si une telle obligation existe, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu ; de même, dans les deux hypothèses, l'Etat jouit d'une certaine marge d'appréciation (voir, par exemple, *Keegan*, arrêt précité, p. 19, § 49, et *M.B. c. Royaume-Uni*, n° 22920/93, décision de la Commission du 6 avril 1994, Décisions et rapports 77-B, p. 116).

59. La Cour rappelle qu'elle n'a point pour tâche de se substituer aux autorités croates compétentes pour déterminer quelles sont en Croatie les méthodes les plus appropriées pour établir la paternité par la voie judiciaire, mais d'examiner sous l'angle de la Convention les décisions que ces autorités ont rendues dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire. La Cour appréciera donc si la Croatie, en traitant l'action en recherche de paternité de la requérante, a agi en méconnaissance de son obligation positive découlant de l'article 8 de la Convention (voir, par exemple, les arrêts *Hokkanen c. Finlande*, 23 septembre 1994, série A n° 299-A, p. 20, § 55 ; et, *mutatis mutandis*, *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, série A n° 24, p. 23, § 49).

60. En l'espèce, la seule voie qui s'offre à la requérante pour établir si H.P. est son géniteur est une procédure devant une juridiction civile, puisque l'intéressé nie être son père.

61. A cet égard, la Cour observe que le droit interne ne prévoit aucune mesure qui permettrait d'obliger H.P. à obtempérer à l'injonction de la juridiction de première instance en acceptant de subir des tests ADN. De même, il n'existe aucune disposition régissant directement les conséquences d'une telle résistance. Toutefois, il est vrai que selon l'article 8 de la loi sur la procédure civile les juridictions se prononcent en matière civile en exerçant leur pouvoir discrétionnaire, après avoir apprécié individuellement et globalement les moyens de preuve présentés. Ainsi, les tribunaux peuvent fort bien prendre leur décision en tenant compte de ce qu'une partie a empêché l'établissement de certains faits.

62. Après trois ans et demi, période pendant laquelle H.P. ignore six rendez-vous fixés pour des tests ADN, la juridiction de première instance conclut que celui-ci était effectivement le père de la requérante. La juridiction se fonda sur le témoignage de la mère de la fillette et sur le fait que H.P. s'était soustrait aux tests. En revanche, la juridiction d'appel estima que ces éléments étaient insuffisants pour établir la paternité de celui-ci. A cet égard, la Cour observe qu'une disposition procédurale de caractère général qui confère aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire dans l'appréciation des preuves n'est pas en soi un moyen suffisant et adéquat pour établir la paternité dans l'hypothèse où le père présumé fait fi d'une décision judiciaire lui enjoignant de passer des tests ADN.

63. Par ailleurs, la juridiction de première instance n'a pas réussi à résoudre la question de la paternité par l'appréciation d'autres éléments pertinents. Le Gouvernement soutient que cela s'explique par le refus de H.P. de coopérer à la procédure. Toutefois, il apparaît que le tribunal s'est montré incapable de recourir à des moyens procéduraux adéquats pour empêcher H.P. d'entraver la procédure.

64. Selon la Cour, les personnes qui se trouvent dans la situation de la requérante ont un intérêt vital, défendu par la Convention, à obtenir les informations qui leur sont indispensables pour découvrir la vérité sur un aspect important de leur identité personnelle. D'un autre côté, il faut garder à l'esprit que la nécessité de protéger les tiers peut exclure la possibilité de les contraindre à se soumettre à quelque analyse médicale que ce soit, notamment à des tests ADN.

Les États parties à la Convention ont retenu des solutions différentes face au problème qui se pose lorsqu'un père présumé refuse d'obtempérer à la décision d'un tribunal lui enjoignant de subir les tests voulus pour établir les faits. Dans certains États, les tribunaux peuvent condamner l'intéressé à une amende ou à une peine d'emprisonnement. Dans d'autres pays, la résistance à une telle injonction peut faire naître une présomption de paternité ou constituer une atteinte à l'autorité de la justice passible de poursuites pénales.

Un système tel que celui de la Croatie, qui ne prévoit pas de moyens de contraindre le père prétendu à se conformer à un ordre du tribunal lui enjoignant de se soumettre à des tests ADN, peut en principe être jugé compatible avec les obligations découlant de l'article 8, eu égard à la marge d'appréciation de l'État. La Cour estime toutefois que, dans le cadre d'un tel système, les intérêts de la personne qui cherche à déterminer sa filiation doivent être défendus lorsque la paternité ne peut être établie au moyen de tests ADN. L'absence de toute mesure procédurale de nature à contraindre le père prétendu à se plier à l'injonction d'un tribunal n'est conforme au principe de proportionnalité que si le système en question offre d'autres moyens grâce auxquels une autorité indépendante peut statuer rapidement sur l'action en recherche de paternité. Or aucune procédure de ce type n'était prévue en l'espèce (voir, *mutatis mutandis*, *Gaskin* précité, p. 20, § 49).

65. En outre, pour trancher une action tendant à faire établir la paternité, les tribunaux doivent tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant. La Cour estime que la procédure existante ne ménage pas un juste équilibre entre le droit de la requérante de voir dissiper sans retard inutile son incertitude quant à son identité personnelle et le droit de son père présumé de ne pas subir de tests ADN; elle considère que la protection des intérêts en jeu n'est pas proportionnée.

66. En conséquence, l'inefficacité des tribunaux a maintenu la requérante dans un état d'incertitude prolongée quant à son identité

personnelle. Les autorités croates ont donc failli à garantir à l'intéressée le « respect » de sa vie privée auquel elle a droit en vertu de la Convention.

Il s'ensuit qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention.

### III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 13 DE LA CONVENTION

67. La requérante affirme également ne pas avoir disposé d'un recours effectif qui lui aurait permis de faire état de la durée excessive de la procédure relative à son affaire. De plus, elle se plaint que l'ordre judiciaire interne ne prévoit aucune mesure permettant de contraindre un défendeur à une action en recherche de paternité à subir des tests ADN sur injonction d'un tribunal. De son point de vue, il y a donc eu violation de l'article 13 de la Convention, ainsi libellé :

« Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la (...) Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles. »

68. Le Gouvernement invite la Cour à déclarer cette partie de la requête manifestement mal fondée. Il soutient que la requérante avait la possibilité de former un recours fondé sur l'article 59 § 4 de la loi sur la Cour constitutionnelle. De l'avis du Gouvernement, cette option constituait un recours effectif pour se plaindre de la durée de la procédure dans le cas de la requérante.

69. La Cour observe que le grief de la requérante tiré de l'article 13 de la Convention est double. Tout d'abord, l'intéressée se plaint de n'avoir disposé d'aucun recours effectif concernant la durée de la procédure.

70. A cet égard, la Cour relève que dans l'affaire *Horvat* elle a estimé que l'article 59 § 4 de la loi sur la Cour constitutionnelle ne représentait pas un recours effectif relativement à la durée de procédures civiles (arrêt précité, § 65).

71. De même, la Cour estime qu'il y a eu en l'espèce violation de l'article 13 de la Convention en ce que la requérante ne dispose d'aucun recours interne lui permettant de faire respecter son droit, tel que garanti par l'article 6 § 1 de la Convention, à ce que sa cause soit « entendue dans un délai raisonnable ».

72. Dans le cadre de son second grief tiré de l'article 13, la requérante affirme que le droit interne ne prévoit aucune mesure permettant d'assurer la comparution du défendeur devant un tribunal dans le cadre d'une action en recherche de paternité.

73. La Cour a déjà tenu compte de cet aspect dans l'examen auquel elle s'est livrée sous l'angle de l'article 8 de la Convention. Eu égard à ses conclusions concernant cette disposition (paragraphes 57-66 ci-dessus),

elle estime qu'il n'y a pas lieu d'examiner la même question sur le terrain de l'article 13 de la Convention.

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

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

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

##### **A. Dommage**

75. La requérante demande 3 000 000 de marks allemands en réparation de la détresse endurée du fait des violations de la Convention.

76. Le Gouvernement invite la Cour à chiffrer l'éventuelle satisfaction équitable sur la base de sa jurisprudence relative aux affaires civiles où une diligence normale est requise.

77. La Cour admet que la requérante a subi un dommage de nature morale en raison de la durée de la procédure. De plus, elle a constaté que l'intéressée avait été lésée par les carences de la procédure en question ; or cet aspect est étroitement lié au manquement de l'Etat à ses obligations positives concernant le droit au respect de la vie privée.

78. La Cour conclut donc que la requérante a subi un dommage moral que le simple constat de violation de la Convention ne suffit pas à compenser. Statuant en équité comme le requiert l'article 41, elle alloue à l'intéressée 7 000 euros.

##### **B. Frais et dépens**

79. La requérante, qui a perçu une indemnité du Conseil de l'Europe au titre de l'assistance judiciaire dans le cadre de la présente affaire, n'a réclamé aucun remboursement de ses frais et dépens. En conséquence, la Cour estime qu'il n'y a pas lieu de lui accorder un montant à ce titre.

##### **C. Intérêts moratoires**

80. Selon les informations dont la Cour dispose, le taux d'intérêt légal applicable en Croatie à la date d'adoption du présent arrêt est de 18 % l'an.



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

1. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention;
2. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention;
3. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 13 de la Convention en ce qui concerne le grief tiré de l'article 6 § 1 de la Convention;
4. *Dit* qu'il n'y a pas lieu d'examiner le grief tiré de l'article 13 de la Convention relativement à l'article 8 de la Convention;
5. *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, 7 000 EUR (sept mille euros) pour dommage moral, à convertir en kunas croates au taux applicable à la date du règlement, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt;
  - b) que ce montant sera à majorer d'un intérêt simple de 18 % 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 anglais, puis communiqué par écrit le 7 février 2002, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Erik FRIBERGH  
Greffier

Christos ROZAKIS  
Président



KUTZNER c. ALLEMAGNE  
*(Requête n° 46544/99)*

QUATRIÈME SECTION<sup>1</sup>

ARRÊT DU 26 FÉVRIER 2002<sup>2</sup>

- 
1. Dans sa composition antérieure au 1<sup>er</sup> novembre 2001.
  2. Texte français original.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Retrait de l'autorité parentale au motif que les parents n'auraient pas la capacité intellectuelle d'élever leurs enfants convenablement****Article 8**

*Vie familiale – Retrait de l'autorité parentale au motif que les parents n'auraient pas la capacité intellectuelle d'élever leurs enfants convenablement – Ingérence – Protection de la santé et de la morale – Droits et libertés d'autrui – Nécessaire dans une société démocratique – Expertises contradictoires – Absence d'allégation de mauvais traitements ou de manque de soins – Obligations positives – Obligation de faciliter la réunion de la famille – Obligation d'examiner des solutions moins radicales que la séparation – Restrictions conduisant à une aliénéation croissante – Raisons pertinentes et suffisantes*

\*  
\*   \*

Les deux requérants ont deux filles, nées en 1991 et 1993. L'office de la jeunesse d'Osnabrück demanda au tribunal des tutelles de retirer aux intéressés l'autorité parentale sur leurs deux filles, à la suite d'un rapport duquel il ressortait qu'ils n'étaient pas capables d'élever leurs deux enfants, notamment en raison de déficiences intellectuelles. Le tribunal des tutelles nomma un expert psychologue afin qu'il rédige un rapport. La juridiction décida à titre provisoire que soient retirés aux requérants les droits de déterminer le domicile des enfants et de décider de la nécessité de prendre des mesures d'ordre médical, notamment au motif qu'ils ne possédaient pas les capacités intellectuelles nécessaires pour élever leurs filles. Ces dernières furent placées dans un foyer, dont la directrice se déclara favorable à un retrait du droit de garde. Le rapport d'expert établit que les requérants n'étaient pas aptes à élever leurs enfants en raison de leur manque de capacités intellectuelles. Se fondant sur ce rapport, et après avoir entendu les intéressés, la juridiction décida de leur retirer l'autorité parentale sur leurs deux filles. Celles-ci furent ensuite placées dans des familles d'accueil distinctes et anonymes. Les requérants formèrent devant le tribunal régional un recours contre la décision du tribunal des tutelles. Un deuxième expert psychologue, nommé cette fois par le tribunal régional, rendit un rapport défavorable aux requérants. Le tribunal régional rejeta le recours. La cour d'appel les débouta de leur appel de la décision et la Cour constitutionnelle fédérale ne retint pas leur recours. Plusieurs contre-expertises privées présentées à la demande d'une association pour les droits des enfants furent, en revanche, favorables aux requérants; elles se prononçaient pour un retour des enfants dans leur famille et pour des mesures additionnelles de soutien pédagogique par les services sociaux.

---

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

Les requérants n'ont pas pu voir leurs filles pendant les six premiers mois de leur placement dans des familles d'accueil anonymes. Le tribunal régional leur accorda, à la suite de leur recours, un droit de visite d'une heure par mois. Lors de ces visites, et contrairement à ce que prévoyait la décision du tribunal, un certain nombre de personnes étaient présentes en plus des requérants et de leurs enfants. Les requérants obtinrent du tribunal des tutelles de pouvoir assister à la rentrée scolaire de leur fille la plus âgée, mais ne purent obtenir un droit de visite de deux heures pour Noël.

Article 8: le placement continu des enfants des requérants dans des familles d'accueil et les restrictions dans les contacts entre les parents et leurs enfants s'analysent en une ingérence dans l'exercice du droit des requérants au respect de leur vie familiale. Ces mesures étaient cependant prévues par la loi et visaient les buts légitimes de protection «de la santé et de la morale» et des «droits et libertés» des enfants. Quant à la nécessité des mesures litigieuses dans une société démocratique, le placement des enfants et l'exécution de cette mesure de séparation radicale d'avec les parents n'ont pas été adéquats. En effet, les enfants ont bénéficié de mesures de soutien pédagogique à la demande des parents, les experts psychologues judiciaires ont émis des avis contradictoires et, de leur côté, les experts psychologues consultés à titre privé comme les médecins de famille ont demandé le retour des enfants dans leur famille d'origine et se sont prononcés en faveur de mesures additionnelles de soutien pédagogique; enfin, il n'y a eu aucune allégation de manque de soins ou de mauvais traitements de la part des requérants. Aussi, les autorités et juridictions nationales n'auraient pas suffisamment envisagé la mise en place de mesures additionnelles moins radicales que la séparation. Il convenait ensuite de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant. En l'espèce, les enfants, sans être entendues par le juge, ont été totalement séparées de leurs parents pendant longtemps et l'une de l'autre puisque placées dans différentes familles d'accueil anonymes. Le droit de visite réclamé par les parents se heurta à un refus systématique, et, une fois accordé, fut très restreint. Pareilles ruptures de contact et restrictions de visites pour des enfants d'un très jeune âge ne pouvaient que conduire à une aliénation croissante des enfants par rapport à leurs parents mais aussi entre elles. Dès lors, les raisons invoquées par les juridictions internes pour justifier cette grave ingérence, bien que pertinentes, n'étaient pas suffisantes.

*Conclusion* : violation (unanimité).

Article 41 : la Cour octroie une somme au titre du dommage moral et une somme pour frais et dépens.

### Jurisprudence citée par la Cour

- W., B. et R. c. Royaume-Uni*, arrêts du 8 juillet 1987, série A n° 121
- Olsson c. Suède (n° 1)*, arrêt du 24 mars 1988, série A n° 130
- Eriksson c. Suède*, arrêt du 22 juin 1989, série A n° 156
- Margareta et Roger Andersson c. Suède*, arrêt du 25 février 1992, série A n° 226-A
- Olsson c. Suède (n° 2)*, arrêt du 27 novembre 1992, série A n° 250
- Keegan c. Irlande*, arrêt du 26 mai 1994, série A n° 290
- Hokkanen c. Finlande*, arrêt du 23 septembre 1994, série A n° 299-A

*McMichael c. Royaume-Uni*, arrêt du 24 février 1995, série A n° 307-B  
*Johansen c. Norvège*, arrêt du 7 août 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III  
*Pammel c. Allemagne*, arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 1997, *Recueil* 1997-IV  
*Guerra et autres c. Italie*, arrêt du 19 février 1998, *Recueil* 1998-I  
*Bronda c. Italie*, arrêt du 9 juin 1998, *Recueil* 1998-IV  
*Buscemi c. Italie*, n° 29569/95, CEDH 1999-VI  
*Ignaccolo-Zenide c. Roumanie*, n° 31679/96, CEDH 2000-I  
*Gnahoré c. France*, n° 40031/98, CEDH 2000-IX  
*K. et T. c. Finlande* [GC], n° 25702/94, CEDH 2001-VII





### En l'affaire Kutzner c. Allemagne,

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

MM. A. PASTOR RIDRUEJO, *président*,

G. RESS,

L. CAFLISCH,

J. MAKARCZYK,

I. CABRAL BARRETO,

M<sup>me</sup> N. VAJIĆ,

M. M. PELLONPÄÄ, *juges*,

et de M. V. BERGER, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 10 juillet 2001 et  
30 janvier 2002,

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

### PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 46544/99) dirigée contre la République fédérale d'Allemagne et dont deux ressortissants de cet Etat, M. Ingo Kutzner et M<sup>me</sup> Annette Kutzner (« les requérants »), avaient saisi la Commission européenne des Droits de l'Homme (« la Commission ») le 5 juillet 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 requérants, qui ont été admis au bénéfice de l'assistance judiciaire, sont représentés devant la Cour par M<sup>e</sup> H. Brückner, avocat à Osnabrück, et par l'Association de défense des droits de l'enfant (*Aktion Rechte für Kinder e.V.*) en la personne de M. V. Laubert. Le gouvernement allemand (« le Gouvernement ») est représenté par son agent, M. K. Stoltenberg, *Ministerialdirigent*, du ministère fédéral de la Justice.

3. Les requérants alléguaient que le retrait de leur autorité parentale sur leurs deux filles a méconnu leur droit au respect de la vie familiale garanti par l'article 8 de la Convention. Ils se plaignaient également de ne pas avoir bénéficié d'un procès équitable au sens de l'article 6 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 (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 10 juillet 2001, la chambre a déclaré la requête recevable<sup>1</sup>.

7. Tant les requérants que le Gouvernement ont déposé des observations écrites sur le fond de l'affaire (article 59 § 1 du règlement).

8. Par une lettre du 13 juillet 2001, la Cour a invité les parties à lui soumettre des informations complémentaires (article 59 § 1 du règlement). Les requérants ont déposé leurs observations les 31 août et 4 septembre 2001, et le Gouvernement a déposé les siennes le 5 septembre 2001.

9. Le 1<sup>er</sup> novembre 2001, la Cour a modifié la composition de ses sections (article 25 § 1 du règlement). La présente requête a cependant continué à être examinée par la chambre de l'ancienne quatrième section telle qu'elle existait avant cette date.

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

10. Les requérants sont des ressortissants allemands, nés respectivement en 1966 et 1968, et résident à Badbergen (Allemagne). Ils sont mariés et parents de deux filles, Corinna, née le 11 septembre 1991, et Nicola, née le 27 février 1993.

#### A. La genèse de l'affaire

11. Les requérants et leurs deux filles vivaient, depuis la naissance de ces dernières, avec les parents du requérant et un frère non marié de celui-ci dans une vieille ferme. Le requérant travaille dans un élevage de poules. La requérante, quant à elle, avait travaillé dans une usine ; depuis qu'elle est au chômage, elle reste à la maison et s'occupe des enfants et du ménage.

Les requérants avaient suivi des cours dans une école spécialisée pour personnes ayant des difficultés à apprendre (*Sonderschule für Lernbehinderte*).

12. En raison d'un retard dans leur développement physique et surtout intellectuel, les deux filles furent à plusieurs reprises examinées par des médecins ; sur les conseils de l'un d'entre eux et à l'initiative des requérants, elles bénéficièrent de mesures d'assistance et de soutien pédagogiques dès leur plus jeune âge. Ainsi, depuis 1994, Corinna, l'aînée, recevait une assistance pédagogique (*Frühförderung*) ; depuis 1995 et 1996

---

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

respectivement, les deux filles étaient gardées toute la journée dans un jardin d'enfants pédagogique spécialisé (*Heilpädagogischer Kindergarten*).

13. Entre octobre 1995 et mai 1996, M<sup>me</sup> Klose, une assistante sociale (*sozialpädagogische Familienhilfe*), se rendit au domicile des requérants officiellement dix heures par semaine ; les requérants soutiennent qu'il ne s'agissait en réalité que de trois heures, car il fallait également prendre en compte le temps nécessaire au déplacement. Les relations entre elle et les requérants devinrent vite conflictuelles, ce qui, d'après ces derniers, conduisit à l'établissement d'un rapport très négatif sur eux.

14. En effet, M<sup>me</sup> Klose fit un rapport à l'office de la jeunesse de district (*Kreisjugendamt*) d'Osnabrück, dans lequel elle mit l'accent sur les déficiences intellectuelles des requérants, les rapports conflictuels entre les membres de la famille ainsi qu'un certain mépris affiché, au moins au début, à son égard.

15. A la suite de ce rapport, le 13 septembre 1996, l'office de la jeunesse demanda au tribunal des tutelles (*Vormundschaftsgericht*) de Bersenbrück de retirer aux requérants l'autorité parentale sur leurs deux enfants.

## **B. La procédure relative au retrait de l'autorité parentale des requérants**

### *1. Devant le tribunal des tutelles de Bersenbrück*

16. Le 18 septembre 1996, le tribunal des tutelles de Bersenbrück nomma M. Waschke-Peter, psychologue, comme expert ; celui-ci rendit son rapport le 20 novembre 1996.

17. Le 12 février 1997, après avoir entendu les requérants et les grands-parents, le tribunal des tutelles décida à titre de mesure provisoire (*einstweilige Anordnung*) de retirer aux requérants le droit de déterminer le domicile des enfants (*Aufenthaltsbestimmungsrecht*) et celui de décider de la nécessité de prendre des mesures d'ordre médical (*Recht zur Bestimmung über ärztliche Maßnahmen*), notamment au motif que « les parents [les requérants] n'avaient pas les capacités intellectuelles nécessaires pour élever correctement leurs enfants » (« *die Kindeseltern sind intellektuell nicht in der Lage, ihre Kinder ordnungsgemäß zu erziehen* »).

18. Entre février et juillet 1997, les deux filles furent placées dans le service (*Clearingstelle*) d'une association privée à Meppen (*Verein für familienorientierte Sozialpädagogik*), qui fait partie de la Société pour la pédagogie familiale (*Gesellschaft für familienorientierte Sozialpädagogik*).

19. Dans deux rapports des 18 et 24 avril 1997, M<sup>me</sup> Backhaus, présidente du conseil d'administration de cette société, demanda également que l'autorité parentale soit retirée aux requérants au motif

qu'une baisse du quotient intellectuel était prévisible chez les enfants, et que ces derniers avaient une chance, avec de nouveaux parents, d'établir une relation qui donnerait une nouvelle impulsion à leur développement social et intellectuel (*eine Verflachung des IQ's ist vorprogrammiert, eine Chance haben die Kinder durch eine neue Beelterung, in der über die Beziehung neue Impulse für die Sozial- und Intelligenzentwicklung gesetzt werden*).

20. Le 27 mai 1997, après avoir entendu à nouveau les requérants et les grands-parents, le tribunal des tutelles retira aux intéressés l'autorité parentale (*Sorgerecht*) sur leurs deux filles. Le tribunal se fonda notamment sur le rapport d'expertise selon lequel les requérants n'étaient pas aptes à élever leurs enfants, sans être fautifs (*unverschuldet erziehungsunfähig*), mais par manque de capacités intellectuelles.

D'après le tribunal des tutelles, les requérants n'avaient pas la sensibilité nécessaire pour répondre aux besoins de leurs enfants; par ailleurs, ils étaient opposés à tout soutien par les services sociaux, et leur consentement actuel aux mesures prises, loin d'être authentique, ne serait qu'une réaction à la pression ressentie par eux dans la procédure en cours.

Le tribunal des tutelles ajouta que les enfants souffraient d'un retard tel qu'il ne pouvait être compensé ni par les grands-parents ni par un soutien de la part des services sociaux. Seuls des foyers d'accueil – dans le cas de Corinna, il fallait que ce soit un foyer d'accueil professionnel (*professionelle Pflegefamilie*) – pouvaient les aider, des mesures moins radicales étant insuffisantes.

21. Depuis le 15 juillet 1997, les deux filles sont placées dans des familles d'accueil (*Pflegefamilien*) distinctes et anonymes (*IncognitoPflege*), dépendant de la Société pour la pédagogie familiale qui, les 18 et 24 avril 1997, avait fait un rapport demandant le retrait de l'autorité parentale des requérants sur leurs enfants.

22. Par des lettres des 24 janvier, 23 juin et 2 juillet 1997, les médecins de famille des requérants se prononcèrent en faveur d'un retour des enfants chez les requérants.

## 2. *Devant le tribunal régional d'Osnabrück*

23. En juin 1997, les requérants formèrent un recours (*Beschwerde*) devant le tribunal régional (*Landgericht*) d'Osnabrück contre la décision du tribunal des tutelles du 27 mai 1997.

24. Du 2 septembre au 25 novembre 1997, la requérante suivit un cours de formation pour nourrices (*Qualifizierungskurs für Tagesmütter*), qu'elle acheva par l'obtention d'un certificat.

25. Le 29 août 1997, un expert psychologue de l'Association allemande pour la protection de l'enfance (*Deutscher Kinderschutzbund*), une organisation privée à laquelle les requérants s'étaient adressés, se prononça également

pour un retour des enfants dans leur famille et pour des mesures additionnelles de soutien pédagogique par les services sociaux.

26. A la suite de ces différents avis, le tribunal régional nomma le 9 octobre 1997 M. Trennheuser, un deuxième expert psychologue, qui rendit son rapport le 18 décembre 1997. Par ailleurs, le tribunal régional entendit les requérants, les grands-parents, l'administration compétente et l'expert.

27. Par une décision du 29 janvier 1998, le tribunal régional rejeta le recours des requérants, au motif que les conditions des dispositions pertinentes du code civil (articles 1666 et 1666a – voir «Le droit interne pertinent» ci-dessous) visant à protéger les intérêts des enfants étaient remplies.

Le tribunal régional se référa aux deux rapports d'expertise.

D'après le premier – rendu le 20 novembre 1996 au tribunal des tutelles de Bersenbrück –, les requérants n'étaient pas capables d'élever leurs enfants à cause de leurs propres déficiences et parce qu'ils se sentaient dépassés. L'arrivée de personnes extérieures pour assister la famille ne ferait qu'exacerber les tensions entre les parents et leurs filles et le sentiment d'insécurité des requérants. La famille étant dominée par les grands-parents, les parents ne pouvaient pas représenter l'autorité pour leurs enfants. Par ailleurs, les grands-parents, qui n'étaient pas en mesure d'appuyer leurs propres enfants (les requérants), n'étaient pas non plus capables de remédier aux carences intellectuelles se manifestant chez leurs petits-enfants.

D'après le second rapport d'expertise – rendu le 18 décembre 1997 –, les deux filles avaient un retard d'environ un an dans leur développement général, ce qui se manifestait notamment dans leur langage, qui consistait en des balbutiements. Si les enfants n'avaient pas bénéficié pendant des années de soutien pédagogique et social, elles se seraient probablement retrouvées dans une école spécialisée pour handicapés mentaux, ce qui les aurait empêchées de se développer normalement et de mener une vie normale d'adulte. Or les parents n'étaient pas capables d'aider leurs filles dans le développement de leur personnalité, car ils n'étaient pas aptes à les comprendre et à les traiter de manière adéquate. D'après des études scientifiques, une telle déficience chez les parents empêche le développement de rapports affectifs entre les parents et leurs enfants. En particulier, les connaissances et les capacités acquises à l'école risquaient d'être étouffées dans le milieu familial. Seuls les besoins élémentaires des enfants avaient été satisfaits. Pour l'avenir, il y avait un risque d'agressivité croissant des parents à l'égard de leurs enfants. Compte tenu de tous ces éléments, une séparation des enfants de leur famille restait la seule possibilité d'écarter tout danger pour le bien-être des enfants (*Gefährdung des Kindeswohls*).

Le tribunal régional conclut que les deux experts étaient parvenus, après une analyse détaillée, à la même conclusion. Le second expert tenait dûment compte du fait que les requérants avaient pris contact avec l'Association allemande pour la protection de l'enfance et que la requérante avait participé à un cours pour devenir nourrice. Mais ces éléments n'étaient pas suffisants pour exclure que le développement des enfants ne soit compromis ou un tel risque.

### 3. *Devant la cour d'appel d'Oldenbourg*

28. Le 20 mars 1998, la cour d'appel (*Oberlandesgericht*) d'Oldenbourg débouta les requérants faute de violation de la loi. En effet, les juridictions concernées avaient entendu les parties, s'étaient appuyées sur deux rapports d'expertise et avaient pris en compte les mesures de soutien pédagogique déjà prises, ainsi que la contre-expertise psychologique demandée par l'Association allemande pour la protection de l'enfance et les avis des médecins de famille.

### 4. *Devant la Cour constitutionnelle fédérale*

29. Le 26 mai 1998, la Cour constitutionnelle fédérale (*Bundesverfassungsgericht*), statuant en comité de trois membres, ne retint pas le recours des requérants.

### 5. *Les contre-expertises privées présentées à la demande de l'Association de défense des droits de l'enfant*

30. Le 29 mai 1998, M. Riedl, professeur de sciences de l'éducation et directeur de l'Institut des sciences de l'éducation de l'université de Schwäbisch-Gmünd, procéda à une expertise privée dans laquelle il conclut qu'il n'y avait pas de danger pour le bien-être des enfants et que les requérants étaient tout à fait aptes à les éduquer, sur les plans aussi bien affectif qu'intellectuel. Il indiqua notamment que la famille Kutzner constituait un exemple réussi de la cohabitation souhaitée, planifiée et bien organisée de trois générations dans des conditions matérielles satisfaisantes et dans un contexte permettant l'épanouissement individuel et social (*die Familie Kutzner bietet somit ein geglücktes Beispiel für das gewollte, geplante und wohlorganisierte Zusammenleben dreier Generationen in geordneten wirtschaftlichen Verhältnissen und unter positiven individuellen Bedingungen*). Il ajouta que des mesures additionnelles de soutien pédagogique pourraient largement compenser le retard scolaire des enfants.

31. Le 17 novembre 1999, également à la demande de cette association, M. Giese, professeur de droit à l'Institut d'évaluation des dommages physiques et mentaux (*Institut für Medizinschaden*) de Tübingen, établit un second rapport d'expertise privé, où il conclut qu'en l'espèce la

procédure devant les juridictions allemandes méconnaissait les articles 6 et 8 de la Convention.

### C. Les restrictions au droit de visite des requérants

32. En raison du placement des enfants dans des familles d'accueil anonymes, les requérants ne purent voir leurs filles pendant les six premiers mois de leur placement.

33. Ils saisirent alors le tribunal régional d'Osnabrück qui, le 4 décembre 1997, malgré l'opposition de l'office de la jeunesse, leur accorda un droit de visite d'une heure par mois.

34. Lors de ces visites, contrairement à ce que prévoyait la décision du tribunal des tutelles, huit autres personnes des différents services sociaux et associations étaient présentes. Ultérieurement, leur nombre fut réduit, mais l'office de la jeunesse insista sur un droit de visite accompagné (*begleitetes Besuchsrecht*).

35. Entre juillet et novembre 1999, les requérants entreprirent de nombreuses démarches afin de pouvoir voir leurs enfants à Noël ou lors de la rentrée scolaire de leur fille aînée, ce que l'office de la jeunesse refusa. Les requérants saisirent alors le tribunal des tutelles de Bersenbrück et furent ainsi autorisés à assister à la rentrée scolaire de leur fille aînée.

36. Le 8 décembre 1999, les requérants saisirent de nouveau le tribunal des tutelles en vue d'obtenir un droit de visite de deux heures à Noël.

37. Le 21 décembre 1999, le tribunal rejeta leur demande, en nommant un nouvel expert psychologue, M<sup>mre</sup> Sperschneider, afin d'établir dans quelle mesure et à quelles personnes un droit de visite devait être accordé.

38. Il résulte des informations complémentaires fournies par les parties postérieurement à la décision de la Cour sur la recevabilité (paragraphe 8 ci-dessus) que, dans son rapport du 12 mai 2000, M<sup>mre</sup> Sperschneider proposa d'élargir le droit de visite des parents à deux heures par mois, et d'autoriser les grands-parents à y participer un mois sur deux.

39. Par une ordonnance du 9 octobre 2000, le tribunal des tutelles demanda aux parties de se prononcer sur la proposition de la psychologue.

40. Par une lettre du 2 novembre 2000, l'office de la jeunesse indiqua que le droit de visite serait accordé aux requérants selon les modalités proposées par la psychologue.

41. Par une lettre du 14 mars 2001, les requérants demandèrent au tribunal des tutelles de rendre une décision sur le fond.

42. Par une décision du 16 mars 2001, le tribunal des tutelles constata qu'un accord des parties sur la réglementation du droit de visite des

requérants était intervenu et qu'il ne s'imposait pas de trancher l'affaire au fond.

#### **D. La demande des requérants en vue de la désignation d'un nouveau tuteur**

43. Par une lettre du 29 janvier 2001, les requérants proposèrent à M. Seifert, tuteur des enfants en sa qualité de représentant de l'office de la jeunesse d'Osnabrück, de le rencontrer, afin d'évoquer avec lui certains points comme l'évolution physique et psychique de leurs enfants, la réglementation du droit de visite et le baptême prévu dans l'Eglise de leur communauté d'origine.

44. Par une lettre du 22 février 2001, M. Seifert refusa une telle rencontre, au motif que, lors de leurs visites, les requérants pouvaient se rendre compte par eux-mêmes de l'évolution de leurs enfants.

45. Par une lettre du 4 mars 2001, les requérants demandèrent au tribunal des tutelles de Bersenbrück d'annuler la nomination de l'office de la jeunesse d'Osnabrück comme tuteur et de désigner un expert indépendant à la place.

46. Par une lettre du 26 avril 2001, M. Seifert réfuta les reproches formulés à son encontre par les requérants.

47. Ces derniers répondirent le 17 mai 2001 en indiquant que l'office de la jeunesse avait systématiquement cherché à les séparer définitivement de leurs enfants, alors que, de l'avis de la majorité des experts, une telle séparation ne pouvait être que temporaire et que les enfants avaient besoin de leur famille d'origine. Ils ajoutèrent que, si des experts pensaient que des contacts d'une à deux heures par mois sous haute surveillance étaient suffisants, alors cette expertise n'avait pas grande valeur; enfin, M<sup>me</sup> Sperschneider n'avait passé en tout et pour tout que deux heures chez les requérants sans s'intéresser à leurs motivations réelles.

48. Par une lettre du 12 juillet 2001, un auxiliaire de justice (*Rechtspfleger*) répondit aux requérants que le tribunal des tutelles avait rejeté leur demande.

## II. LE DROIT INTERNE PERTINENT

49. L'article 1666 du code civil (*Bürgerliches Gesetzbuch*) prévoit que le tribunal des tutelles a l'obligation d'ordonner les mesures nécessaires en cas de danger pour le bien-être de l'enfant (*Gefährdung des Kindeswohls*).

50. L'article 1666a dispose dans son premier alinéa que des mesures visant à séparer un enfant de sa famille ne sont permises que si aucune



autre mesure ne peut être prise, y compris par les autorités, pour éviter tout danger pour le bien-être de l'enfant.

51. L'article 1666a, deuxième alinéa, est ainsi libellé :

« L'autorité [parentale] intégrale ne peut être retirée que si d'autres mesures se sont avérées infructueuses ou si l'on doit considérer qu'elles ne suffisent pas pour écarter le danger. »

## EN DROIT

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

52. Les requérants soutiennent que la décision des juridictions allemandes de leur retirer l'autorité parentale sur leurs deux filles a méconnu leur droit au respect de la vie familiale garanti par l'article 8 de la Convention, ainsi rédigé :

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

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

53. Le Gouvernement affirme que l'ingérence litigieuse était fondée sur les articles 1666 et 1666a du code civil et nécessaire pour la protection du bien-être physique et psychique des enfants. Il souligne que les juridictions internes, après avoir entendu les parties et sollicité l'avis de deux experts psychologues, ont conclu que l'intérêt des requérants au maintien d'une vie familiale devait s'effacer devant celui de la protection du bien-être de leurs filles. En effet, les retards constatés dans le développement des enfants étaient tels que des mesures de soutien pédagogique moins radicales s'étaient avérées insuffisantes par le passé, en raison également du manque de coopération des requérants avec les services sociaux. Les experts étaient d'ailleurs parvenus à des conclusions identiques ; ils avaient simplement mis l'accent sur des aspects différents, ce qui n'était pas inhabituel dans ce genre d'expertise et s'expliquait également par le fait que leurs rapports avaient été établis à différents stades de la procédure. De plus, il n'avait pas été possible de prendre en compte la contre-expertise de M. Riedl, car elle n'avait été soumise que le 28 mai 1998, soit deux jours après la décision de la Cour constitutionnelle fédérale. De toute façon, il s'agissait d'une contre-expertise privée, qui n'était pas susceptible de remettre en cause les conclusions des deux

premiers experts. Enfin, le Gouvernement souligne qu'il n'y a pas eu rupture totale des contacts entre les requérants et leurs enfants et qu'il existe également des contacts entre les familles d'accueil. Il conclut que le litige relatif au droit de visite des requérants est maintenant réglé, étant donné que ceux-ci ont accepté les propositions de M<sup>me</sup> Sperschneider à ce sujet, et que les visites à leurs enfants se déroulent en pratique conformément aux modalités proposées.

54. Les requérants contestent la nécessité de l'ingérence et dénoncent certains aspects des rapports d'expertise demandés par les juridictions internes. Selon eux, les deux rapports n'étaient ni fondés ni crédibles, car ils reposaient sur des motifs complètement différents pour prouver l'existence d'un danger pour le bien-être des enfants: le premier se référait aux carences affectives existant entre les requérants et leurs filles, alors que le second mettait l'accent sur le déficit intellectuel des parents. Il leur était insupportable de se voir reprocher leur faible niveau intellectuel, car si ces critères étaient appliqués, environ 30 % des parents en Allemagne se verraient retirer leur droit de garde à l'égard de leurs enfants. Les requérants se plaignent en outre de ce que les experts n'ont pas examiné de façon approfondie l'existence d'autres solutions permettant d'éviter un retrait intégral de leur autorité parentale, comme l'exige la disposition pertinente du droit civil, par exemple l'appel à une autre assistante sociale qui s'occuperait de la famille. Ils mettent l'accent sur les conséquences dramatiques pour les enfants d'être ainsi séparés de leurs parents et sur le syndrome «d'aliénation parentale», reconnu par la communauté scientifique internationale, dont souffriraient ces enfants. Enfin, ils reprochent à l'office de la jeunesse d'Osnabrück d'avoir placé leurs enfants dans des foyers séparés et anonymes et d'avoir tout mis en œuvre pour réduire au minimum tout contact entre eux-mêmes et leurs filles, sans chercher à soutenir la famille d'origine comme l'exige pourtant la loi de soutien aux enfants et adolescents (*Kinder- und Jugendhilfegesetz*). Ils considèrent que la réglementation insatisfaisante de leur droit de visite conduit à une aliénation (*Entfremdung*) croissante des enfants par rapport à leur famille d'origine et risque de conduire à des dommages irréparables dans la relation des enfants avec leurs parents.

55. Les requérants se plaignent également de ne pas avoir bénéficié d'un procès équitable, au motif que les juridictions internes se sont fondées exclusivement sur les constatations de l'office de la jeunesse, de la Société pour la pédagogie familiale et des experts officiels, sans tenir compte des contre-expertises privées de MM. Riedl et Giese. Ils invoquent l'article 6 § 1 de la Convention, dont la partie pertinente est ainsi libellée:

« 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 (...) »

56. La Cour rappelle qu'elle est maîtresse de la qualification juridique des faits de la cause (*Guerra et autres c. Italie*, arrêt du 19 février 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-I, p. 223, § 44), et qu'elle a jugé dans le passé que si l'article 8 ne renferme aucune condition explicite de procédure, il faut que le processus décisionnel débouchant sur des mesures d'ingérence soit équitable et respecte comme il se doit les intérêts protégés par l'article 8 (voir notamment les arrêts *McMichael c. Royaume-Uni*, 24 février 1995, série A n° 307-B, p. 55, § 87, et *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie*, n° 31679/96, § 99, CEDH 2000-I).

57. Or, en l'espèce, la Cour considère que le grief soulevé par les requérants sous l'angle de l'article 6 est étroitement lié à celui qu'ils tirent de l'article 8 et peut dès lors être examiné avec ce dernier.

### A. Existence d'une ingérence

58. Pour un parent et son enfant, être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale (voir, par exemple, arrêts *W., B. et R. c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1987, série A n° 121, respectivement p. 27, § 59, pp. 71-72, § 60, et p. 117, § 64, *Olsson c. Suède (n° 1)*, 24 mars 1988, série A n° 130, p. 29, § 59, *Eriksson c. Suède*, 22 juin 1989, série A n° 156, p. 24, § 58, *Margareta et Roger Andersson c. Suède*, 25 février 1992, série A n° 226-A, p. 25, § 72, *Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994, série A n° 290, p. 19, § 50, *McMichael* précité, p. 55, § 86, *Johansen c. Norvège*, 7 août 1996, *Recueil* 1996-III, pp. 1001-1002, § 52, *Bronda c. Italie*, 9 juin 1998, *Recueil* 1998-IV, p. 1489, § 51, *Buscemi c. Italie*, n° 29569/95, § 53, CEDH 1999-VI, *Gnahoré c. France*, n° 40031/98, § 50, CEDH 2000-IX, et *K. et T. c. Finlande* [GC], n° 25702/94, § 151, CEDH 2001-VII).

59. Il n'est donc pas douteux – et le Gouvernement n'en disconvient pas – que les mesures en question (le placement permanent des enfants dans des familles d'accueil et les restrictions dont les contacts entre les requérants et leurs enfants ont fait l'objet) s'analysent en une «ingérence» dans l'exercice du droit des requérants au respect de leur vie familiale.

### B. Justification de l'ingérence

60. Pareille ingérence méconnaît l'article 8 sauf si, «prévue par la loi», elle poursuit un ou des buts légitimes au regard du second paragraphe de cette disposition et est «nécessaire dans une société démocratique» pour les atteindre. La notion de «nécessité» implique une ingérence fondée sur un besoin social impérieux, et notamment proportionnée au but légitime recherché (voir, par exemple, *Gnahoré* précité, § 50 *in fine*).

61. Si l'article 8 tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il met de surcroît à la charge de l'Etat des obligations positives inhérentes au « respect » effectif de la vie familiale. Ainsi, là où l'existence d'un lien familial se trouve établi, l'Etat doit en principe agir de manière à permettre à ce lien de se développer et prendre les mesures propres à réunir le parent et l'enfant concernés (voir, par exemple, arrêts *Eriksson* précité, pp. 26-27, § 71, *Margareta et Roger Andersson* précité, p. 30, § 91, *Olsson c. Suède* (n° 2), 27 novembre 1992, série A n° 250, pp. 35-36, § 90, *Ignaccolo-Zenide* précité, § 94, et *Gnahoré* précité, § 51).

62. La frontière entre les obligations positives et négatives de l'Etat au titre de l'article 8 ne se prête pas à une définition précise; les principes applicables sont néanmoins comparables. En particulier, dans les deux cas, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents; de même, dans les deux hypothèses, l'Etat jouit d'une certaine marge d'appréciation (voir, par exemple, *W., B. et R. c. Royaume-Uni*, précités, respectivement p. 27, § 60, p. 72, § 61, et p. 117, § 65, et *Gnahoré* précité, § 52).

### 1. « Prévues par la loi »

63. L'ingérence litigieuse était incontestablement fondée sur les articles 1666 et 1666a du code civil.

### 2. Buts légitimes

64. Aux yeux de la Cour, il n'y a pas lieu de douter que les mesures litigieuses tendaient à protéger « la santé et la morale » et les « droits et libertés » des enfants.

### 3. « Nécessaire dans une société démocratique »

65. Pour apprécier la « nécessité » des mesures litigieuses « dans une société démocratique », la Cour examinera, à la lumière de l'ensemble de l'affaire, si les motifs invoqués pour les justifier sont pertinents et suffisants aux fins du paragraphe 2 de l'article 8 (voir, notamment, les arrêts précités *Olsson* (n° 1), p. 32, § 68, *Johansen*, pp. 1003-1004, § 64, *Olsson* (n° 2), p. 34, § 87, *Bronda*, p. 1491, § 59, *Gnahoré*, § 54, et *K. et T. c. Finlande*, § 154). Elle aura en outre égard à l'obligation faite en principe à l'Etat de permettre le maintien du lien entre les parents et leurs enfants.

66. A cette fin, la Cour tiendra compte du fait que la conception que l'on a du caractère opportun d'une intervention des autorités publiques dans les soins à donner à un enfant varie d'un Etat à l'autre en fonction d'éléments tels que les traditions relatives au rôle de la famille et à

l'intervention de l'Etat dans les affaires familiales, ainsi que des ressources que l'on peut consacrer à des mesures publiques dans ce domaine particulier. Il reste que l'intérêt supérieur de l'enfant revêt dans chaque cas une importance décisive. Il ne faut d'ailleurs pas perdre de vue que les autorités nationales bénéficient de rapports directs avec tous les intéressés (*Olsson* (n° 2) précité, pp. 35-36, § 90), souvent dès le moment où des mesures de placement sont envisagées ou immédiatement après leur mise en œuvre. Il découle de ces considérations que la Cour n'a pas pour tâche de se substituer aux autorités internes dans l'exercice de leurs responsabilités en matière de réglementation des questions de prise en charge d'enfants par l'autorité publique et des droits des parents dont les enfants ont été ainsi placés, mais de contrôler sous l'angle de la Convention les décisions qu'elles ont rendues dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation (voir, par exemple, arrêts *Hokkanen c. Finlande*, 23 septembre 1994, série A n° 299-A, p. 20, § 55, *Johansen* précité, pp. 1003-1004, § 64, et *K. et T. c. Finlande* précité, § 154).

67. La marge d'appréciation laissée ainsi aux autorités nationales compétentes variera selon la nature des questions en litige et la gravité des intérêts en jeu tels que, d'une part, l'importance qu'il y a à protéger un enfant dans une situation tenue pour mettre sa santé ou son développement sérieusement en péril et, d'autre part, l'objectif de réunir la famille dès que les circonstances le permettront. Lorsqu'un temps considérable s'est écoulé depuis que l'enfant a été placé pour la première fois sous assistance, l'intérêt qu'a l'enfant à ne pas voir sa situation familiale *de facto* changer de nouveau peut l'emporter sur l'intérêt des parents au regroupement de leur famille. Dès lors, la Cour reconnaît que les autorités jouissent d'une grande latitude pour apprécier la nécessité de prendre en charge un enfant, mais il faut exercer un contrôle plus rigoureux à la fois sur les restrictions supplémentaires, comme celles apportées par les autorités aux droits et aux visites des parents, et sur les garanties destinées à assurer la protection effective du droit des parents et enfants au respect de leur vie familiale. Ces restrictions supplémentaires comportent le risque d'amputer les relations familiales entre les parents et un jeune enfant (*Johansen, ibidem*).

68. La Cour relève qu'en l'espèce, par un jugement du 27 mai 1997, le tribunal des tutelles de Bersenbrück retira aux requérants leur autorité parentale sur leurs deux filles, Corinna et Nicola, nées respectivement en 1991 et en 1993, et ordonna leur placement dans des familles d'accueil, au motif notamment que les requérants n'avaient pas les capacités intellectuelles requises pour élever leurs enfants. Le tribunal des tutelles invoqua également le retard considérable des enfants dans leur développement psychique et physique ainsi que le manque de coopération des requérants avec les services sociaux.

Par un jugement du 29 janvier 1998, le tribunal régional d'Osnabrück s'appuya sur deux rapports d'expertise, dont le premier mettait l'accent sur les déficiences intellectuelles des parents et le second sur leurs carences affectives, pour confirmer la décision de placement des enfants prise par le tribunal des tutelles.

69. La Cour rappelle d'abord que le fait qu'un enfant puisse être accueilli dans un cadre plus propice à son éducation ne saurait en soi justifier qu'on le soustraie de force aux soins de ses parents biologiques; pareille ingérence dans le droit des parents, au titre de l'article 8 de la Convention, à jouir d'une vie familiale avec leur enfant doit encore se révéler «nécessaire» en raison d'autres circonstances (*K. et T. c. Finlande* précité, § 173).

70. La Cour reconnaît qu'en l'espèce les autorités ont légitimement pu avoir des craintes quant aux retards de développement constatés chez les enfants par les divers services sociaux et les experts psychologues; elle estime cependant que la mesure de placement en tant que telle et surtout l'exécution de celle-ci n'ont pas été adéquates.

71. En effet, il apparaît que les enfants ont bénéficié, dès leur plus jeune âge, et à la demande des requérants, de mesures de soutien pédagogique, et que la situation s'est envenimée en raison notamment de relations conflictuelles entre les requérants et une assistante sociale, M<sup>me</sup> Klose, qui fit un rapport très négatif auprès de l'office de la jeunesse d'Osnabrück.

72. Par ailleurs, les avis des experts psychologues consultés à différents stades de la procédure par les juridictions internes se trouvaient en contradiction, sinon dans leurs conclusions, du moins quant aux motifs invoqués (manque de capacités intellectuelles des parents pour l'un, déficit émotionnel conduisant à l'incapacité de contribuer au développement de la personnalité des enfants pour l'autre).

73. De plus, d'autres experts psychologues, désignés par l'Association allemande pour la protection de l'enfance ou par l'Association de défense des droits de l'enfant, ainsi que des médecins de famille, ont demandé le retour des enfants dans leur famille d'origine. Ces experts ont notamment souligné qu'il n'y avait pas de danger pour leur bien-être et que les requérants étaient tout à fait aptes à les élever sur les plans aussi bien affectif qu'intellectuel, et se sont prononcés en faveur de mesures additionnelles de soutien pédagogique pour les enfants. Or ces conclusions ne peuvent être écartées simplement parce que leurs auteurs se sont exprimés à titre privé (paragraphe 53 ci-dessus).

74. Enfin, contrairement à d'autres affaires de même nature dont la Cour a eu à connaître, à aucun moment il n'a été allégué que les enfants avaient été victimes d'un manque de soins ou de mauvais traitements de la part des requérants.

75. Dès lors, même si les mesures de soutien pédagogique prises au départ se sont par la suite révélées insuffisantes, on peut se demander si les autorités et juridictions internes ont suffisamment envisagé la mise en place de mesures additionnelles de soutien au lieu de celle, de loin la plus radicale, de séparation des enfants de leurs parents.

76. La Cour rappelle ensuite que la prise en charge d'un enfant doit en principe être considérée comme une mesure temporaire, à suspendre dès que les circonstances s'y prêtent, et que tout acte d'exécution doit concorder avec un but ultime : unir à nouveau le parent par le sang et l'enfant (voir, en particulier, *Olsson* (n° 1) précité, pp. 36-37, § 81). L'obligation positive de prendre des mesures afin de faciliter la réunion de la famille dès que cela sera vraiment possible s'impose aux autorités compétentes dès le début de la période de prise en charge et avec de plus en plus de force, mais doit toujours être mise en balance avec le devoir de considérer l'intérêt supérieur de l'enfant (*K. et T. c. Finlande* précité, § 178).

77. Or, en l'espèce, les enfants ont été non seulement séparées de leur famille d'origine, mais aussi placées dans des familles d'accueil distinctes et anonymes, et privées de tout contact avec leurs parents pendant les six premiers mois. Elles n'ont par ailleurs jamais été entendues par la justice.

78. Il ressort des pièces du dossier qu'un droit de visite n'a été accordé aux requérants qu'après une action en justice de ces derniers, que ce droit s'est heurté en pratique à une obstruction systématique de la part de l'office de la jeunesse d'Osnabrück et qu'il s'est limité d'abord à une heure par mois, en présence de huit personnes étrangères à la famille, avant d'être élargi par une décision du tribunal des tutelles de Bersenbrück du 9 octobre 2000 à deux heures par mois, les grands-parents étant autorisés à être présents un mois sur deux.

79. Compte tenu du très jeune âge des enfants, de telles ruptures de contact puis pareilles restrictions des visites ne pouvaient, de l'avis de la Cour, que conduire à une « aliénation » (*Entfremdung*) croissante des enfants par rapport à leurs parents, mais aussi des enfants entre elles.

80. De même, on ne saurait considérer que le litige à cet égard soit résolu, car les requérants ont toujours contesté non seulement le placement de leurs filles dans des familles d'accueil, mais aussi les restrictions apportées à leur droit de visite, et l'on ne peut leur reprocher, en pratique, d'avoir fait usage des modalités proposées par les juridictions internes afin de pouvoir au moins voir leurs enfants.

81. Eu égard à l'ensemble de ces éléments, la Cour considère que, si les raisons invoquées par les autorités et juridictions nationales étaient pertinentes, elles n'étaient pas suffisantes pour justifier cette grave ingérence dans la vie familiale des requérants. Nonobstant la marge d'appréciation des autorités internes, l'ingérence n'était donc pas proportionnée aux buts légitimes poursuivis.

82. Partant, il y a eu violation de l'article 8 de la Convention.

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

83. 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

84. Les requérants soutiennent que le retrait de leur autorité parentale sur leurs deux filles a entraîné pour eux un dommage matériel, qui se ventile comme suit :

– 25 700 marks allemands (DEM) d'allocations familiales, qui ne leur furent plus versées dès le placement des enfants dans les familles d'accueil;

– 1 488 DEM correspondant aux sommes que l'office de la jeunesse aurait saisies sur leur compte à titre de participation financière pour pourvoir aux besoins des enfants dans leurs nouvelles familles; les requérants ayant fait opposition, une procédure serait actuellement toujours pendante;

– 18 000 DEM en raison des retards apparus dans la construction de leur maison;

– 110 448 DEM pour perte de salaires de la requérante, incapable d'exercer une profession en raison des conséquences psychiques et physiques dramatiques que la séparation d'avec ses enfants a eues pour elle;

– 35 895 DEM pour perte de salaires de la mère du requérant, également incapable d'exercer une profession en raison des conséquences que la situation familiale a eues sur sa santé.

85. Les requérants allèguent en outre qu'ils ont subi un grave préjudice moral en raison des incidences que la séparation d'avec leurs enfants, et des enfants entre elles, et les restrictions de leur droit de visite, ont eues sur leur santé physique et psychique. Ils laissent à la Cour le soin de l'évaluer.

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

87. La Cour considère que le préjudice matériel allégué soit est non établi, soit ne trouve pas sa cause dans la violation constatée. Elle estime en revanche que les requérants ont subi un tort moral indéniable en raison de la séparation d'avec leurs deux filles et des restrictions à leur droit de visite. Compte tenu des circonstances de la cause et statuant en équité



comme le veut l'article 41, elle leur octroie conjointement la somme de 15 000 euros (EUR).

### **B. Frais et dépens**

88. La demande des requérants pour frais et dépens se décompose comme suit :

- 8 392 DEM au titre des honoraires d'avocat devant les juridictions internes ;
- 9 602,20 DEM au titre des honoraires d'experts ;
- 7 674,60 DEM au titre des honoraires de l'Association de défense des droits de l'enfant, qui représentait également les requérants devant les juridictions internes et devant la Cour ;
- 1 220 DEM au titre des frais de cette association.

89. Le Gouvernement ne formule pas d'objections à l'égard de ces demandes.

90. D'après sa jurisprudence constante, la Cour n'accorde le remboursement des frais et dépens que dans la mesure où ils se rapportent à la violation constatée, ont été réellement et nécessairement encourus, et sont raisonnables quant à leur taux (voir, parmi beaucoup d'autres, *Pammel c. Allemagne*, arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 1997, *Recueil* 1997-IV, p. 1114, § 82). Quant aux honoraires d'avocat, la Cour rappelle qu'elle n'est pas liée par les barèmes et pratiques internes, même si elle peut s'en inspirer.

Statuant en équité, la Cour décide d'octroyer conjointement aux requérants la somme de 8 000 EUR, dont il convient de déduire les 350,63 EUR déjà perçus au titre de l'assistance judiciaire.

### **C. Intérêts moratoires**

91. Selon les informations dont la Cour dispose, le taux d'intérêt légal applicable en Allemagne à la date d'adoption du présent arrêt est de 7,57 % l'an.

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

1. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention;
2. *Dit*
  - a) que l'Etat défendeur doit verser aux requérants conjointement, 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. 15 000 EUR (quinze mille euros) pour dommage moral,

- ii. 8 000 EUR (huit mille euros), moins 350,63 EUR (trois cent cinquante euros et soixante-trois centimes), pour frais et dépens ;
  - b) que ces montants seront à majorer d'un intérêt simple de 7,57 % l'an à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement ;
3. *Rejette* la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français, puis prononcé en audience publique à Strasbourg, au Palais des Droits de l'Homme, le 26 février 2002.

Vincent BERGER  
Greffier

Antonio PASTOR RIDRUEJO  
Président

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

A.P.R.  
V.B.

## OPINION CONCORDANTE DE M. LE JUGE PELLONPÄÄ

J'ai voté pour la violation de l'article 8 dans la présente affaire. Je marque toutefois mon dissentiment quant aux motifs qui ont amené la chambre à constater une violation. La Cour « estime (...) que la mesure de placement en tant que telle et surtout l'exécution de celle-ci n'ont pas été adéquates » (paragraphe 70 de l'arrêt). Si les critiques relatives à l'exécution de cette mesure me semblent justifiées, je suis en désaccord avec la conclusion d'après laquelle la mesure de placement n'était pas en soi adéquate sous l'angle de l'article 8.

S'il est vrai que la procédure menant au retrait de l'autorité parentale des requérants a commencé par le rapport « très négatif » (paragraphe 71 de l'arrêt) de M<sup>m</sup>c Klose, il n'en reste pas moins que les soucis exprimés par cette assistante sociale ont dans une large mesure été corroborés par la procédure suivante. Ainsi les deux experts psychologues consultés par les juridictions internes sont arrivés à la même conclusion concernant l'incapacité des parents d'élever leurs enfants et la nécessité, dans l'intérêt de celles-ci, de les séparer des parents ou, ultérieurement, de maintenir une telle séparation. Contrairement à ce qu'on laisse entendre au paragraphe 72 de l'arrêt, je ne trouve pas qu'il y ait eu, entre les deux avis, des contradictions de nature à remettre en cause leur crédibilité.

Tenant compte de la « grande latitude pour apprécier la nécessité de prendre en charge un enfant » (paragraphe 67 de l'arrêt) dont jouissent les autorités nationales et de la procédure – à mon avis irréprochable – qui a été suivie à cet égard, je vois mal comment on peut reprocher aux autorités de ne pas avoir « suffisamment envisagé la mise en place de mesures additionnelles de soutien au lieu de celle, de loin la plus radicale, de séparation des enfants de leurs parents » (paragraphe 75 de l'arrêt).

Ce qui par contre, à mon avis, peut s'analyser en une violation de l'article 8, c'est la manière dont la séparation a été mise en œuvre. Les deux enfants ont été placés dans des familles d'accueil différentes, tout contact avec les parents a été rompu pendant les six premiers mois et le droit des requérants de voir leurs enfants a été très limité même à l'issue de cette période. Bien que je puisse accepter que les raisons invoquées pour ces mesures aient, elles aussi, été pertinentes, je ne suis pas convaincu de la nécessité de procéder d'une manière aussi brusque.

Eu égard à ce qui précède, je conclus que le retrait de l'autorité parentale aux requérants a emporté violation de l'article 8 par la manière dont il a été mis en œuvre.



KUTZNER v. GERMANY  
*(Application no. 46544/99)*

FOURTH SECTION<sup>1</sup>

JUDGMENT OF 26 FEBRUARY 2002<sup>2</sup>

---

1. In its composition prior to 1 November 2001.  
2. Translation; original French.



SUMMARY<sup>1</sup>**Withdrawal of parental responsibility on the ground that the parents did not have the intellectual capacity to bring up their children properly****Article 8**

*Family life – Withdrawal of parental responsibility on the ground that the parents did not have the intellectual capacity to bring up their children properly – Interference – Protection of health or morals – Rights and freedoms of others – Necessary in a democratic society – Conflicting expert reports – No allegation of ill-treatment or neglect – Positive obligations – Obligation to facilitate the reunion of the family – Obligation to examine less radical alternatives to separation – Restrictions leading to increased alienation – Relevance and sufficient reasons*

\*  
\* \*

The two applicants have two daughters who were born in 1991 and 1993. The District Youth Office made an application to the guardianship court for an order withdrawing the applicants' parental responsibility for their daughters, following a report stating that they were not fit to bring them up, notably because of intellectual shortcomings. The guardianship court appointed a psychologist to provide an expert report. It made an interlocutory order withdrawing the applicants' rights to decide where the children should live or to take decisions regarding their health, notably on the ground that the applicants did not have the intellectual capacity required to bring up their children. The children were placed in a children's home; the director of the home also said that she favoured parental responsibility being withdrawn. The psychologist's report stated that the applicants were not fit to bring up their children, as they did not possess the requisite intellectual capacity. Relying on that report and after hearing the applicants, the guardianship court decided to withdraw the applicants' parental rights over their two children. The girls were subsequently placed with separate, unidentified foster parents. The applicants appealed to the regional court against the guardianship court's decision. Another psychologist, who had been appointed as an expert witness by the regional court, issued a report that was unfavourable to the applicants. The regional court dismissed their appeal. The court of appeal dismissed an appeal by the applicants against that decision and the Federal Constitutional Court a further appeal. However, reports by expert witnesses appointed at the request of an association for the protection of the rights of the child were favourable to the applicants. They recommended the children's return to their family, with additional measures of educational support being provided by social services. As the children had been placed in unidentified foster homes, the

---

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

applicants were unable to see them for the first six months after their placement. Following an application to the regional court, the applicants were granted visiting rights of one hour a month. Contrary to what had been ordered by the guardianship court, various third parties were present during the visits. The applicants were also granted permission to see their eldest daughter at the beginning of the school year, but their application for the right to visit their children for two hours at Christmas was rejected.

*Held*

Article 8: The children's continued placement in foster homes and the restrictions imposed on contact between the applicants and their children amounted to an interference with the applicants' rights to respect for their family life. The interference was, however, in accordance with the law and pursued the legitimate aims of protecting health or morals and the "rights and freedoms" of the children. As to whether the measures in issue were necessary in a democratic society, both the care order itself and the manner in which it was implemented were unsatisfactory. The children had benefited from educational support at the applicants' request and the opinions of the psychologists appointed as expert witnesses by the courts were contradictory. The psychologists retained as expert witnesses on behalf of the applicants and the family doctors had urged the children's return to their family of origin and said that the children should be given additional educational support. Lastly, there had been no allegations that the children had been neglected or ill-treated by the applicants. Accordingly, the domestic administrative and judicial authorities had not given sufficient consideration to taking additional or alternative measures that would be less radical than separation. The best interests of the child had also to be taken into account. In the case before the Court, the children had been totally separated from their parents and each other – as they had been placed in separate, unidentified, foster homes – for a considerable period and had at no stage been heard by a judge. The visiting rights which the applicants sought to obtain were systematically obstructed and, once granted, were very restricted. Severing contact in that way and imposing such restrictions on visiting rights for children who were very young could only lead to the children's increased alienation from their parents and from each other. Accordingly, although the reasons relied on by the domestic authorities and courts were relevant, they were insufficient to justify such a serious interference.

*Conclusion:* violation (unanimously).

Article 41: The Court awarded sums for non-pecuniary damage and for costs and expenses.

**Case-law cited by the Court**

*W., B. and R. v. the United Kingdom*, judgments of 8 July 1987, Series A no. 121

*Olsson v. Sweden (no. 1)*, judgment of 24 March 1988, Series A no. 130

*Eriksson v. Sweden*, judgment of 22 June 1989, Series A no. 156

*Margareta and Roger Andersson v. Sweden*, judgment of 25 February 1992, Series A no. 226-A

*Olsson v. Sweden (no. 2)*, judgment of 27 November 1992, Series A no. 250



*Keegan v. Ireland*, judgment of 26 May 1994, Series A no. 290  
*Hokkanen v. Finland*, judgment of 23 September 1994, Series A no. 299-A  
*McMichael v. the United Kingdom*, judgment of 24 February 1995, Series A no. 307-B  
*Johansen v. Norway*, judgment of 7 August 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-III  
*Pammel v. Germany*, judgment of 1 July 1997, *Reports* 1997-IV  
*Guerra and Others v. Italy*, judgment of 19 February 1998, *Reports* 1998-I  
*Bronza v. Italy*, judgment of 9 June 1998, *Reports* 1998-IV  
*Buscemi v. Italy*, no. 29569/95, ECHR 1999-VI  
*Ignaccolo-Zenide v. Romania*, no. 31679/96, ECHR 2000-I  
*Gnahoré v. France*, no. 40031/98, ECHR 2000-IX  
*K. and T. v. Finland* [GC], no. 25702/94, ECHR 2001-VII



**In the case of Kutzner v. Germany,**

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

Mr A. PASTOR RIDRUEJO, *President*,

Mr G. RESS,

Mr L. CAFLISCH,

Mr J. MAKARCZYK,

Mr I. CABRAL BARRETO,

Mrs N. VAJIĆ,

Mr M. PELLONPÄÄ, *judges*,

and Mr V. BERGER, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 10 July 2001 and 30 January 2002,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 46544/99) against the Federal Republic of Germany 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 German nationals, Mr Ingo Kutzner and Mrs Annette Kutzner (“the applicants”), on 5 July 1998.

2. The applicants, who had been granted legal aid, were represented by Mr H. Brückner, a lawyer practising in Osnabrück, and the Association for the Protection of the Rights of the Child (*Aktion Rechte für Kinder e.V.*), represented by Mr V. Laubert. The German Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr K. Stoltenberg, *Ministerialdirigent*, Federal Ministry of Justice.

3. The applicants alleged that the withdrawal of their parental responsibility for their two daughters had infringed their right to respect for their family life, as guaranteed by Article 8 of the Convention. They also complained that they had not had a fair trial within the meaning of Article 6 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. The application was allocated to the Fourth 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 10 July 2001 the Court declared the application admissible<sup>1</sup>.

7. The applicants and the Government each filed observations on the merits (Rule 59 § 1).

8. In a letter of 13 July 2001 the Court invited the parties to supply additional information (Rule 59 § 1). The applicants filed their observations on 31 August and 4 September 2001 and the Government filed theirs on 5 September 2001.

9. On 1 November 2001 the Court changed the composition of its Sections (Rule 25 § 1), but this case remained with the Chamber constituted within the former Fourth Section.

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

10. The applicants are German nationals who were born in 1966 and 1968 respectively and live at Badbergen (Germany). They are married and have two daughters; Corinna, who was born on 11 September 1991, and Nicola, who was born on 27 February 1993.

#### A. Background to the case

11. The applicants and their two daughters had lived since the girls' birth with Mr Kutzner's parents and his unmarried brother on an old farm. Mr Kutzner works on a poultry farm. Mrs Kutzner used to work in a factory, but since losing her job has stayed at home to look after the children and do the housework.

The applicants had attended a special school for people with learning difficulties (*Sonderschule für Lernbehinderte*).

12. Owing to their late physical and, above all, mental development, the girls underwent a series of medical examinations. On the advice of one of the doctors and at the applicants' request, they received educational assistance and support from a very early age. Thus, from 1994 Corinna, the elder daughter, received educational assistance (*Frühförderung*), while from 1995 and 1996 respectively both girls attended a day-nursery school for children with special needs (*Heilpädagogischer Kindergarten*).

13. Between October 1995 and May 1996, Ms Klose, a social worker (*sozialpädagogische Familienhilfe*) visited the applicants' family at home, officially for ten hours a week. The applicants say that she actually spent

---

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

only three hours there, as the time she spent travelling had to be taken into account. Relations between her and the applicants rapidly deteriorated, which the applicants say resulted in her preparing a very negative report on them.

14. Ms Klose's report to the Osnabrück District Youth Office (*Kreisjugendamt*) did indeed emphasise negative points: the applicants' intellectual shortcomings, conflictual relations between the family members and the contempt that, initially at least, she had been shown by the family.

15. Following that report the District Youth Office made an application on 13 September 1996 to the Bersenbrück Guardianship Court (*Vormundschaftsgericht*) for an order withdrawing the applicants' parental responsibility for their two children.

## **B. The proceedings withdrawing the applicants' parental responsibility**

### *1. Proceedings in the Bersenbrück Guardianship Court*

16. On 18 September 1996 the Bersenbrück Guardianship Court appointed Mr Waschke-Peter, a psychologist, to give expert evidence. He delivered his report on 20 November 1996.

17. On 12 February 1997, after hearing evidence from the applicants and the grandparents, the Guardianship Court made an interlocutory order (*einstweilige Anordnung*) withdrawing the applicants' rights to decide where their children should live (*Aufenthaltsbestimmungsrecht*) or to take decisions regarding the children's health (*Recht zur Bestimmung über ärztliche Maßnahmen*), notably on the ground that "[the applicants did] not have the intellectual capacity required to bring up their children properly" (*"die Kindeseltern sind intellektuell nicht in der Lage, ihre Kinder ordnungsgemäß zu erziehen"*).

18. From February to July 1997 the girls were placed in the care of the assessment team (*Clearingstelle*) of a private association at Meppen (*Verein für familienorientierte Sozialpädagogik*), which was part of the Society for Family Education (*Gesellschaft für familienorientierte Sozialpädagogik*).

19. In a report dated 18 and 24 April 1997, the chairwoman of the executive board of the society, Ms Backhaus, also requested that the applicants' parental responsibility be withdrawn on the ground that, while the children's IQ was expected to decrease, a new home would afford them a chance to enjoy a relationship that would stimulate the development of their social skills and intelligence (*eine Verflachung des IQ's ist vorprogrammiert, eine Chance haben die Kinder durch eine neue Beelterung, in der über die Beziehung neue Impulse für die Sozial- und Intelligenzentwicklung gesetzt werden*).

20. On 27 May 1997, after hearing further evidence from the applicants and the grandparents, the Guardianship Court withdrew the applicants' parental rights (*Sorgerecht*) over their two children. It relied notably on the finding in the psychologist's report that the applicants were not fit to bring up their children, not through any fault of their own (*unverschuldet erziehungsunfähig*), but because they did not possess the requisite intellectual capacity.

The Guardianship Court found that the applicants lacked the necessary awareness to answer their children's needs. Moreover, they were opposed to receiving any support from social services and, far from being genuine, the consent they had now given to the measures that had been taken was merely a reaction to the pressure they had felt as a result of the proceedings.

The Guardianship Court added that the children's development was so retarded that it could not be corrected by the grandparents or support from social services. Only a foster home – and in Corinna's case this would have to be a professional foster home (*professionelle Pflegefamilie*) – could help the two children, as any less radical measures would be inadequate.

21. On 15 July 1997 the two girls were placed with separate, unidentified (*Incognito-Pflege*) foster parents (*Pflegefamilien*) on the register held by the Society for Family Education, which had produced a report on 18 and 24 April 1997 requesting that the applicants' parental responsibility for their children be withdrawn.

22. In letters of 24 January, 23 June and 2 July 1997 the applicants' family doctors said that they considered that the children should be returned to the applicants' care.

## 2. *Proceedings in the Osnabrück Regional Court*

23. In June 1997 the applicants appealed to the Osnabrück Regional Court (*Landgericht*) against the Guardianship Court's decision of 27 May 1997.

24. From 2 September to 25 November 1997 Mrs Kutzner attended a course to qualify as a childminder (*Qualifizierungskurs für Tagesmütter*); she completed the course and received a certificate.

25. On 29 August 1997 an expert in psychology from the German Association for the Protection of Children (*Deutscher Kinderschutzbund*), a private organisation from which the applicants had sought help, also expressed the view that the children should be returned to their family and receive extra educational support from social services.

26. After these views had been expressed, the Regional Court appointed Mr Trennheuser as a second expert witness in psychology on 9 October 1997. He delivered his report on 18 December 1997. The

Regional Court also heard evidence from the applicants, the grandparents, the relevant authority and the expert witness.

27. By a decision of 29 January 1998 the Regional Court dismissed the applicants' appeal on the ground that the relevant provisions of the Civil Code (Articles 1666 and 1666a – see “Relevant domestic law” below) governing the protection of children's interests were satisfied.

The Regional Court referred to the two reports by the experts in psychology.

According to the first report, which had been lodged with the Bersenbrück Guardianship Court on 20 November 1996, the applicants were incapable of bringing up their children because of their own deficiencies and because they felt out of their depth. Bringing in persons from outside the family circle to assist would merely exacerbate existing tensions between the parents and their daughters and the applicants' sense of insecurity. The family was dominated by the grandparents and the applicants were unable to project an image of authority for their children. Moreover, the grandparents, who were incapable of offering support to their own children (the applicants), were no more capable of remedying the intellectual deficiencies presented by their grandchildren.

According to the second expert report – the one delivered on 18 December 1997 – the girls were approximately one year behind in their general development, a factor that was discernible in particular from their speech, which consisted of stammering. Had they not benefited from years of support from the educational and social services, they would probably have ended up in a special school for the mentally disabled and would have been unable to develop normally or lead a normal adult life. The applicants were incapable of helping their daughters to develop their personalities, as they were ill-equipped to understand them or to treat them in an appropriate manner. Scientific studies had shown that parents with deficiencies of that type prevented the development of emotional ties between them and their children. In particular, the knowledge and skills acquired at school were in danger of being stifled in the family environment. The applicants had done no more than to tend to the children's basic needs. There was a risk that in the future the parents would become increasingly aggressive towards their children. Regard being had to all those considerations, separating the children from the family was the only way of eliminating all danger to the children's welfare. (*Gefährdung des Kindeswohls*).

The Regional Court noted that the expert witnesses had reached the same conclusion following a thorough analysis. The second expert witness had had due regard to the fact that the applicants had contacted the German Association for the Protection of Children and that Mrs Kutzner had attended a childminding course. However, those factors

were not sufficient to enable the Regional Court to rule out all risk of the children's development being harmed.

*3. Proceedings in the Oldenburg Court of Appeal*

28. On 20 March 1998 the Oldenburg Court of Appeal (*Oberlandesgericht*) dismissed the applicants' appeal, holding that there had been no breach of the law. The courts concerned had heard representations from the parties, relied on reports by two expert witnesses and had taken into account the educational assistance measures that had already been implemented, the expert psychological report lodged by the German Association for the Protection of Children on behalf of the applicants and the opinion of the family doctors.

*4. Proceedings in the Federal Constitutional Court*

29. On 26 May 1998 a three-member committee of the Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*) dismissed an appeal by the applicants.

*5. Expert evidence furnished on behalf of the applicants at the request of the Association for the Protection of the Rights of the Child*

30. On 29 May 1998 Mr Riedl, a professor of educational sciences and Director of the Educational Sciences Institute at the University of Schwäbisch-Gmünd, lodged a report as an expert witness on behalf of the applicants in which he concluded that the children's welfare was not in danger and that the applicants were entirely fit to bring up their children, both emotionally and intellectually. He said in particular that the family provided a successful example of cohabitation between three generations that was desired, planned and well-organised in satisfactory material conditions and in circumstances that permitted both individual and social fulfilment ("*die Familie Kutzner bietet somit ein geglücktes Beispiel für das gewollte, geplante und wohlorganisierte Zusammenleben dreier Generationen in geordneten wirtschaftlichen Verhältnissen und unter positiven individuellen Bedingungen*"). He added that additional measures of educational support could largely compensate for the ground the children would have to make up at school.

31. On 17 November 1999, also at the request of that association, Mr Giese, a professor of law at the Tübingen Institute for the Assessment of Physical and Mental Damage (*Institut für Medizinschaden*), produced a further expert report on behalf of the applicants, in which he concluded that the procedure followed by the German courts in the instant case had contravened Articles 6 and 8 of the Convention.



### C. Restrictions on the applicants' visiting rights

32. As the children had been placed in unidentified foster homes, the applicants were unable to see them for the first six months.

33. They then made an application to the Osnabrück Regional Court, which on 4 December 1997 granted them visiting rights of one hour a month despite opposition from the Youth Office.

34. Contrary to what had been ordered by the Guardianship Court, visits were conducted in the presence of eight representatives from various social services departments and associations. Subsequently, their number decreased, but the Youth Office insisted on visits being accompanied (*begleitetes Besuchsrecht*).

35. Between July and November 1999 the applicants made various attempts to obtain permission to see their children at Christmas or at the start of their eldest daughter's school year, but the Youth Office refused. The applicants applied to the Bersenbrück Guardianship Court and were granted permission to see their eldest daughter at the beginning of the school year.

36. On 8 December 1999 the applicants made a fresh application to the Guardianship Court seeking the right to visit their children for two hours at Christmas.

37. On 21 December 1999 the Guardianship Court dismissed their application. It sought a further report from another psychologist, Ms Sperschneider, in order to establish to what extent and to whom further visiting rights should be granted.

38. Additional information supplied by the parties after the Court had delivered its admissibility decision (see paragraph 8 above) indicates that in her report of 12 May 2000 Ms Sperschneider recommended that the applicants' visiting rights should be increased to two hours a month and that the grandparents should also be permitted to take part in visits once every two months.

39. By an order of 9 October 2000 the Guardianship Court requested the parties to indicate whether they accepted the psychologist's proposal.

40. In a letter of 2 November 2000 the Youth Office said that the applicants would be granted visiting rights in accordance with the arrangements proposed by the psychologist.

41. In a letter of 14 March 2001 the applicants asked the Guardianship Court to issue a decision on the merits.

42. In a decision of 16 March 2001 the Guardianship Court took formal note that an agreement had been reached between the parties concerning the applicants' rights to visit their children and held that it was unnecessary to determine the merits of the case.

#### **D. The applicants' request for the appointment of a new guardian**

43. In a letter of 29 January 2001 the applicants asked Mr Seifert, who as the Osnabrück Youth Office representative acted as the children's guardian, to meet them in order to discuss various issues such as the children's physical and psychological development, arrangements for visiting rights, and a christening ceremony that had been arranged in their home village.

44. Mr Seifert declined such a meeting in a letter of 22 February 2001, saying that the applicants could observe their children's progress for themselves during visits.

45. On 4 March 2001 the applicants wrote to the Bersenbrück Guardianship Court requesting it to terminate the Osnabrück Youth Office's appointment as guardian and to name an independent expert in its place.

46. In a letter of 26 April 2001 Mr Seifert rejected the criticism directed at him by the applicants.

47. In a reply of 17 May 2001 the applicants said that the Youth Office had systematically sought to separate them from their children for good, whereas the opinion of the majority of the experts had been that separation could only be temporary and that the children needed their family of origin. They added that if the experts considered that contact of one or two hours a month under strict supervision was sufficient, then the expert evidence was of little value. Lastly, Ms Sperschneider had spent in all only two hours with the applicants and had shown no interest in what they really thought.

48. In a letter of 12 July 2001 a court clerk (*Rechtspfleger*) replied to the applicants, informing them that the Guardianship Court had rejected their application.

#### **II. RELEVANT DOMESTIC LAW**

49. Article 1666 of the Civil Code (*Bürgerliches Gesetzbuch*) lays down that the guardianship courts are under an obligation to order necessary measures if a child's welfare is jeopardised (*Gefährdung des Kindeswohls*).

50. The first sub-paragraph of Article 1666a provides that measures intended to separate a child from its family are permissible only if it is not possible for the authorities to take any other measure to avoid jeopardising the child's welfare.

51. The second sub-paragraph of Article 1666a provides:

"Full [parental] responsibility may only be withdrawn if other measures have proved ineffective or have to be regarded as insufficient to remove the danger."

## THE LAW

### I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION

52. The applicants alleged that the withdrawal of their parental responsibility for their two daughters had infringed their right to respect for their family life, as guaranteed by Article 8 of the Convention, which provides:

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

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

53. The Government asserted that the interference in issue was based on Articles 1666 and 1666a of the Civil Code and was necessary for the children’s physical and psychological welfare. They said that, after hearing representations from the parties and seeking the opinion of two experts in psychology, the domestic courts had concluded that the applicants’ interest in maintaining family life had to yield to the interest of ensuring the children’s welfare, as the children’s development had been found to have become so retarded that, partly as a result of a lack of cooperation between the applicants and social services, less radical educational assistance measures had proved insufficient in the past. Indeed, the experts had reached identical conclusions, but had simply stressed different aspects of the problem, something that was not uncommon in such cases and was also explained by the fact that their reports had been prepared at different stages of the proceedings. Furthermore, it had not been possible to take Mr Riedl’s report on behalf of the applicants into account, as it had not been lodged until 28 May 1998, that is to say two days after the Federal Constitutional Court had delivered its decision. In any event, that report had been prepared privately and could not be used to challenge the conclusions of the first two experts. Lastly, the Government stressed that there had not been a total severance of contact between the applicants and their children and that there was also contact between the girls’ respective foster parents. In conclusion, the dispute concerning the applicants’ visiting rights was now settled, as the applicants had accepted Ms Sperschneider’s proposals on that subject and were in fact visiting their children in accordance with the suggested arrangements.

54. The applicants questioned the need for the interference and criticised certain aspects of the expert reports commissioned by the domestic courts. In their submission, those reports were neither reliable

nor credible, as they proffered entirely different reasons as proof that the children's welfare was in jeopardy. In the first report, the expert had referred to emotional deficiencies in the relationship between the applicants and their daughters, whereas the second expert had laid the emphasis on the parents' intellectual shortcomings. They found it intolerable to be criticised for their low intellectual level, as, if such criteria were to be applied, approximately 30% of parents in Germany would have their parental responsibility for their children withdrawn. The applicants also complained that the experts had failed to examine in detail, as they were required to do by the relevant provisions of civil law, whether alternative measures could be taken, such as appointing another social worker to assist the family, that would obviate the need for parental responsibility to be withdrawn altogether. They stressed that the effects of being separated from their parents had been dramatic for the children and that the children were suffering from "parental alienation" syndrome, a condition recognised by the international scientific community. Lastly, they expressed their disapproval of the decision of the Osnabrück Youth Office to place the children in separate unidentified homes and of its insistence on doing everything possible to keep contact between them and their children to a strict minimum, without seeking to offer support to the family of origin, despite the obligation imposed on them to do so by the Law governing support for children and adolescents (*Kinder- und Jugendhilfegesetz*). They submitted that the unsatisfactory restrictions on their visiting rights were causing the children to become increasingly alienated (*Entfremdung*) from their family of origin and risked causing irreparable damage to the parent-child relationship.

55. The applicants also complained that they been denied a fair trial, as the domestic courts had relied exclusively on the findings of the District Youth Office, the Society for Family Education and the official expert witnesses, without having regard to the reports of the experts called on behalf of the applicants, Mr Riedl and Mr Giese. They relied on Article 6 § 1 of the Convention, the relevant part of which provides:

"In the determination of his civil rights and obligations ..., everyone is entitled to a fair ... hearing ... by [a] ... tribunal ..."

56. The Court reiterates that it is the master of the characterisation to be given in law to the facts of the case (see *Guerra and Others v. Italy*, judgment of 19 February 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I, p. 223, § 44), and that it has previously held that whilst Article 8 contains no explicit procedural requirements, the decision-making process leading to measures of interference must be fair and such as to afford due respect to the interests safeguarded by Article 8 (see, among other authorities, *McMichael v. the United Kingdom*, judgment of 24 February 1995, Series A no. 307-B, p. 55, § 87, and *Ignaccolo-Zenide v. Romania*, no. 31679/96, § 99, ECHR 2000-I).

57. In the instant case the Court considers that the complaint raised by the applicants under Article 6 is closely linked to their complaint under Article 8 and may accordingly be examined as part of the latter complaint.

### A. Whether there has been an interference

58. The mutual enjoyment by parent and child of each other's company constitutes a fundamental element of family life (see, among other authorities, *W., B. and R. v. the United Kingdom*, judgments of 8 July 1987, Series A no. 121, respectively, p. 27, § 59, pp. 71-72, § 60, and p. 117, § 64; *Olsson v. Sweden (no. 1)*, judgment of 24 March 1988, Series A no. 130, p. 29, § 59; *Eriksson v. Sweden*, judgment of 22 June 1989, Series A no. 156, p. 24, § 58; *Margareta and Roger Andersson v. Sweden*, judgment of 25 February 1992, Series A no. 226-A, p. 25, § 72; *Keegan v. Ireland*, judgment of 26 May 1994, Series A no. 290, p. 19, § 50; *McMichael*, cited above, p. 55, § 86; *Johansen v. Norway*, judgment of 7 August 1996, *Reports* 1996-III, pp. 1001-02, § 52; *Bronda v. Italy*, judgment of 9 June 1998, *Reports* 1998-IV, p. 1489, § 51; *Buscemi v. Italy*, no. 29569/95, § 53, ECHR 1999-VI; *Gnahoré v. France*, no. 40031/98, § 50, ECHR 2000-IX; and *K. and T. v. Finland* [GC], no. 25702/94, § 151, ECHR 2001-VII).

59. There is therefore no doubt – and the Government do not contest – that the measures concerned in the present case (the children's continued placement in foster homes and the restrictions imposed on contact between the applicants and their children) amounts to an “interference” with the applicants' rights to respect for their family life.

### B. Whether the interference is justified

60. An interference with the right to respect for family life entails a violation of Article 8 unless it is “in accordance with the law”, has an aim or aims that is or are legitimate under Article 8 § 2 and is “necessary in a democratic society” for the aforesaid aim or aims. The notion of necessity implies that the interference corresponds to a pressing social need and, in particular, that it is proportionate to the legitimate aim pursued (see, among other authorities, *Gnahoré*, cited above, § 50 *in fine*).

61. Although the essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary action by the public authorities, there may in addition be positive obligations inherent in an effective “respect” for family life. Thus, where the existence of a family tie has been established, the State must in principle act in a manner calculated to enable that tie to be developed and take measures that will enable parent and child to be reunited (see, among other authorities: *Eriksson*, cited above, pp. 26-27, § 71; *Margareta and Roger Andersson*, cited above, p. 30, § 91; *Olsson v. Sweden (no. 2)*, judgment of

27 November 1992, Series A no. 250, pp. 35-36, § 90; *Ignaccolo-Zenide*, cited above, § 94; and *Gnahoré*, cited above, § 51).

62. The boundaries between the State's positive and negative obligations under this provision do not lend themselves to precise definition. The applicable principles are, nonetheless, similar. In both contexts regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole; and in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation (see, among other authorities, *W., B. and R. v. the United Kingdom*, cited above, respectively, p. 27, § 60, p. 72, § 61, and p. 117, § 65; and *Gnahoré*, cited above, § 52).

1. *"In accordance with the law"*

63. The interference in issue was indisputably based on Articles 1666 and 1666a of the Civil Code.

2. *Legitimate aims*

64. The Court considers that there is no doubt that the measures in issue were intended to protect "health or morals" and the "rights and freedoms" of the children.

3. *"Necessary in a democratic society"*

65. The Court reiterates that in order to determine whether the impugned measures were "necessary in a democratic society", it has to consider whether, in the light of the case as a whole, the reasons adduced to justify them were relevant and sufficient for the purposes of paragraph 2 of Article 8 (see, among other authorities, *Olsson (no. 1)*, cited above, p. 32, § 68; *Johansen*, cited above, pp. 1003-04, § 64; *Olsson (no. 2)*, cited above, p. 34, § 87; *Bronda*, cited above, p. 1491 § 59; *Gnahoré*, cited above, § 54; and *K and T. v. Finland*, cited above, § 154). It will also have regard to the obligation which the State has in principle to enable the ties between parents and their children to be preserved.

66. In so doing, the Court will have regard to the fact that perceptions as to the appropriateness of intervention by public authorities in the care of children vary from one Contracting State to another, depending on such factors as traditions relating to the role of the family and to State intervention in family affairs and the availability of resources for public measures in this particular area. However, consideration of what is in the best interest of the child is in any event of crucial importance. Moreover, it must be borne in mind that the national authorities have the benefit of direct contact with all the persons concerned (*Olsson (no. 2)*, cited above, pp. 35-36, § 90), often at the very stage when care measures are being envisaged or immediately after their implementation. It follows from these con-

siderations that the Court's task is not to substitute itself for the domestic authorities in the exercise of their responsibilities for the regulation of the public care of children and the rights of parents whose children have been taken into care, but rather to review under the Convention the decisions that those authorities have taken in the exercise of their power of appreciation (see, among other authorities, *Hokkanen v. Finland*, judgment of 23 September 1994, Series A no. 299-A, p. 20, § 55; *Johansen*, cited above, pp. 1003-04, § 64; *K. and T. v. Finland*, cited above, § 154).

67. The margin of appreciation to be accorded to the competent national authorities will vary in the light of the nature of the issues and the seriousness of the interests at stake, such as the importance of protecting the child in a situation in which its health or development may be seriously at risk and the objective of reuniting the family as soon as circumstances permit. When a considerable period of time has passed since the child was first placed in care, the child's interest in not undergoing further *de facto* changes to its family situation may prevail over the parents' interest in seeing the family reunited. Thus, the Court recognises that the authorities enjoy a wide margin of appreciation in assessing the necessity of taking a child into care. However, a stricter scrutiny is called for both of any further limitations, such as restrictions placed by those authorities on parental rights and access, and of any legal safeguards designed to secure an effective protection of the right of parents and children to respect for their family life. Such further limitations entail the danger that family relations between the parents and a young child are effectively curtailed (see *Johansen*, cited above, pp. 1003-04, § 64).

68. The Court notes that in the instant case, by a judgment of 27 May 1997, the Bersenbrück Guardianship Court withdrew the applicants' parental responsibility for their two daughters, Corinna and Nicola, who were born in 1991 and 1993 respectively, and ordered their placement with foster parents, notably on the ground that the applicants did not have the requisite intellectual capacity to bring up their children. The Guardianship Court also noted that the children were considerably behind in their emotional and physical development and that the applicants had failed to cooperate with social services.

In a judgment of 29 January 1998 the Osnabrück Regional Court, relying on two reports by expert witnesses, the first of whom stressed the applicants' intellectual deficiencies and the second their lack of emotional support, upheld the Guardianship Court's order placing the children with foster parents.

69. The Court begins by noting that the fact that a child could be placed in a more beneficial environment for his or her upbringing will not on its own justify a compulsory measure of removal from the care of the biological parents; there must exist other circumstances pointing to the "necessity" for such an interference with the parents'

right under Article 8 of the Convention to enjoy a family life with their child (*K. and T. v. Finland*, cited above, § 173).

70. The Court recognises that in the instant case the authorities may have had legitimate concerns about the late development of the children noted by the various social services departments and psychologists. However, it considers that both the care order itself and, above all, the manner in which it was implemented were unsatisfactory.

71. It appears that the children benefited from an early age and, indeed, at the applicants' request, from educational support and that the situation became acrimonious as a result notably of a conflict between the applicants and a social worker, Ms Klose, who submitted a very negative report to the Osnabrück Youth Office.

72. Moreover, the opinions of the psychologists, from whom expert evidence was taken at various stages of the proceedings by the domestic courts, were contradictory, if not in their conclusions then at least as regards the reasons relied on (one psychologist referred to the parents' lack of intellectual capacity while the other referred to emotional underdevelopment that made them incapable of contributing to the development of the children's personalities).

73. Moreover, both of the other psychologists, who had been retained as expert witnesses by the German Association for the Protection of Children and the Association for the Protection of the Rights of the Child, and the family doctors urged that the children be returned to their family of origin. They emphasised in particular that the children's welfare was not in jeopardy and that the applicants were entirely fit to bring up their children, both emotionally and intellectually. They said that the children should be given additional educational support. Those conclusions could not be disregarded simply because they emanated from people who were acting on behalf of one of the parties to the proceedings (see paragraph 53 above).

74. Lastly, unlike the position in other cases of the same type that have come before the Court, there have been no allegations that the children have been neglected or ill-treated by the applicants.

75. Accordingly, although the educational-support measures taken initially subsequently proved to be inadequate, it is questionable whether the domestic administrative and judicial authorities have given sufficient consideration to additional measures of support as an alternative to what is by far the most extreme measure, namely separating the children from their parents.

76. The Court further reiterates that a care order should in principle be regarded as a temporary measure, to be discontinued as soon as circumstances permit, and that any measures implementing temporary care should be consistent with the ultimate aim of reuniting the natural parents and the child (*Olsson (no. 1)*, cited above, pp. 36-37, § 81). The positive duty to take measures to facilitate family reunification as soon as



reasonably feasible will begin to weigh on the responsible authorities with progressively increasing force as from the commencement of the period of care, subject always to its being balanced against the duty to consider the best interests of the child (*K. and T. v. Finland*, cited above, § 178).

77. However, in the instant case, not only have the children been separated from their family of origin, they have also been placed in separate, unidentified, foster homes and all contact with their parents was severed for the first six months. In addition, the children themselves have at no stage been heard by the judges.

78. Furthermore, the evidence in the case file shows that the applicants were only granted visiting rights after making an application to the court, and visits were in practice systematically obstructed by the Osnabrück Youth Office, initially being restricted to one hour a month in the presence of eight people who were not members of the family before being increased to two hours a month (with the grandparents being authorised to visit once every two months) by a decision of the Bersenbrück Guardianship Court on 9 October 2000.

79. Having regard to the fact that the children were very young, severing contact in that way and imposing such restrictions on visiting rights could, in the Court's opinion, only lead to the children's increased "alienation" (*Entfremdung*) from their parents and from each other.

80. Nor can the issue be regarded as having been resolved, as the applicants have consistently contested not only their children's placement with the foster parents, but also the restrictions imposed on their visiting rights and in practice it would be unfair to criticise them for making use of the arrangements proposed by the domestic courts to at least gain an opportunity to see their children.

81. Having regard to all these considerations, the Court finds that although the reasons relied on by the domestic authorities and courts were relevant, they were insufficient to justify such a serious interference in the applicant's family life. Notwithstanding the domestic authorities' margin of appreciation, the interference was therefore not proportionate to the legitimate aims pursued.

82. Consequently, there has been a violation of Article 8 of the Convention.

## II. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

83. 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**

84. The applicants maintained that the withdrawal of their parental responsibility for their two daughters had caused them pecuniary damage, which they calculated as follows:

(i) 25,700 marks (DEM) in family benefit which they no longer received owing to the fact that the children had been placed in foster homes;

(ii) DEM 1,488, being the sums which the Youth Office had allegedly seized on their account as a financial contribution towards the children's needs in their new homes (however, proceedings were still pending as the applicants had contested the attachment order);

(iii) DEM 18,000 for delays in the building of their house;

(iv) DEM 110,448 for loss of earnings by Mrs Kutzner, who had been unable to carry on working owing to the dramatic psychological and physical effects of being separated from her children;

(v) DEM 35,895 for loss of earnings by Mr Kutzner's mother, who had likewise been prevented from working as a result of the effects of the family situation on her health.

85. The applicants also alleged that they had sustained substantial non-pecuniary damage, their physical and psychological health having suffered as a result of their separation from their children, their children's separation from each other and the restrictions on their visiting rights. They left the issue of quantum to the Court's discretion.

86. The Government expressed no view on the matter.

87. The Court considered that the alleged pecuniary damage was either unsupported by evidence or had not been caused by the violation that had been found. However, it found that the applicants had undeniably sustained non-pecuniary damage as a result of being separated from their two daughters and the restrictions on their visiting rights. Having regard to the circumstances of the case and ruling on an equitable basis as required by Article 41, it awards them compensation of 15,000 euros (EUR) jointly.

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

88. The applicants' claim for costs and expenses was broken down as follows:

(i) DEM 8,392 for lawyers' fees before the domestic courts;

(ii) DEM 9,602.20 for expert witnesses' fees;

(iii) DEM 7,674.60 for the fees of the Association for the Protection of the Rights of the Child, which had also represented the applicants before the domestic courts and the Court;

(iv) DEM 1,220 for the expenses incurred by the Association for the Protection of the Rights of the Child.

89. The Government did not raise any objections to the claims.

90. According to its settled case-law, the Court will award costs and expenses only in so far as these relate to the violation found and to the extent to which they have been actually and necessarily incurred and are reasonable as to quantum (see, among many other authorities, *Pammel v. Germany*, judgment of 1 July 1997, *Reports* 1997-IV, p. 1114, § 82). With regard to lawyers' fees, the Court reiterates that it does not consider itself bound by domestic scales and practices, although it may derive some assistance from them.

Ruling on an equitable basis, the Court decides to award the applicants jointly the sum of EUR 8,000, from which EUR 350.63 which they have already received in legal aid must be deducted.

### C. Default interest

91. According to the information available to the Court, the statutory rate of interest applicable in Germany at the date of adoption of the present judgment is 7.57% per annum.

### FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

1. *Holds* that there has been a violation of Article 8 of the Convention;
2. *Holds*
  - (a) that the respondent State is to pay the applicants jointly, within three months from the date on which the judgment becomes final according to Article 44 § 2 of the Convention, the following amounts:
    - (i) EUR 15,000 (fifteen thousand euros) in respect of non-pecuniary damage;
    - (ii) EUR 8,000 (eight thousand euros), less EUR 350.63 (three hundred and fifty euros sixty-three cents), in respect of costs and expenses;
  - (b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest at an annual rate of 7.57% shall be payable on those amounts;
3. *Dismisses* the remainder of the applicants' claim for just satisfaction.

Done in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 26 February 2002.

Vincent BERGER  
Registrar

Antonio PASTOR RIDRUEJO  
President

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

A.P.R.  
V.B.

## CONCURRING OPINION OF JUDGE PELLONPÄÄ

*(Translation)*

I voted in favour of finding a violation of Article 8 in this case. However, I have to disagree with the reasons that led the Chamber to find a violation. The Court “considers that ... the care order in itself and, above all, its implementation were unsatisfactory” (see paragraph 70 of the judgment). While the criticism of the implementation of that measure appears to me to be justified, I disagree with the conclusion that the care order was not in itself satisfactory for the purposes of Article 8.

Although it is true that the procedure that led to the applicants’ parental responsibility being withdrawn began with the “very negative” report of Ms Klose (see paragraph 71 of judgment), the fact remains that the concerns expressed by that social worker were to a large extent confirmed in the ensuing proceedings. Thus, two psychologists from whom expert evidence was sought by the domestic courts reached the same conclusion regarding the parents’ inability to bring up their children and the need, in the children’s interest, to separate them from their parents and subsequently to keep them separated. Contrary to what is suggested in paragraph 72 of the judgment, I do not find any contradictions between the two opinions such as would undermine their credibility.

In view of the national authorities’ “wide margin of appreciation in assessing the necessity of taking a child into care” (see paragraph 67 of the judgment) and the procedure that was followed in that connection, which to my mind cannot be criticised, I fail to see how the authorities can be said not to “have given sufficient consideration to additional measures of support as an alternative to what is by far the most extreme measure, namely separating the children from their parents” (see paragraph 75 of the judgment).

In my opinion, what may on the other hand amount to a violation of Article 8 is the manner in which the separation was effected. The two children were placed in different foster homes, all contact with the parents was severed for the first six months and the applicants’ right to see their children was severely curtailed even after that period had expired. While I can accept that the reasons given for ordering these measures were also relevant, I am not persuaded that it was necessary to act in such a heavy-handed manner.

In the light of the foregoing, I conclude that the manner in which the applicants’ parental responsibility was withdrawn amounted to a violation of Article 8.



MAGALHÃES PEREIRA c. PORTUGAL  
(*Requête n° 44872/98*)

QUATRIÈME SECTION<sup>1</sup>

ARRÊT DU 26 FÉVRIER 2002<sup>2</sup>

---

1. Dans sa composition antérieure au 1<sup>er</sup> novembre 2001.  
2. Texte français original.





SOMMAIRE<sup>1</sup>**Absence de contrôle périodique de la légalité du maintien de l'internement psychiatrique et non-examen des demandes de mise en liberté d'un interné  
Défaut d'assistance juridique effective dans le cadre de la procédure de contrôle de la nécessité de prolonger l'internement psychiatrique****Article 5 § 4**

*Contrôle de la légalité de la détention – Bref délai – Absence de contrôle périodique de la légalité du maintien de l'internement psychiatrique et non-examen des demandes de mise en liberté d'un interné – Absence d'éléments médicaux récents – Non-respect du contrôle périodique obligatoire prévu par la législation – Garanties procédurales du contrôle – Défaut d'assistance juridique effective dans le cadre de la procédure de contrôle de la nécessité de prolonger l'internement psychiatrique*

\*  
\*   \*

Le requérant fut placé en internement psychiatrique en décembre 1996 après avoir été déclaré pénalement irresponsable, en raison de son aliénation mentale, à la suite de poursuites pour escroquerie. Par une ordonnance de janvier 1997, le juge du tribunal criminel compétent fixa, en application de la législation pertinente, la date du contrôle périodique obligatoire de l'internement du requérant au 1<sup>er</sup> mars 1998. En février 1997, le juge d'application des peines commit d'office un avocat pour défendre le requérant. Le 2 juillet 1997, le requérant déposa lui-même une demande de mise en liberté en se fondant sur un avis médical favorable. Le 4 juillet 1997, le juge apposa sur le dossier la mention «vu». En janvier 1998, le juge, conformément à la loi, invita deux instituts à présenter leur avis sur la situation sociale et médicale du requérant. Les deux instituts rendirent leurs rapports en mai 1998. L'un fit état de circonstances favorables à sa mise en liberté, mais l'autre y fut défavorable. En juillet 1998, le requérant, qui avait présenté lui-même une nouvelle demande de mise en liberté, fut entendu par le juge. Son avocat d'office étant à cette occasion absent, le juge désigna en tant que représentant d'office un fonctionnaire de l'établissement pénitentiaire dans lequel le requérant était détenu. Ce dernier introduisit lui-même une troisième demande de mise en liberté. En avril 1999, il profita d'une sortie temporaire pour s'enfuir et ne fut retrouvé qu'en novembre 1999, alors qu'il se trouvait à son domicile. En janvier 2000, le tribunal de l'application des peines décida de maintenir son internement. Le juge se fonda sur le rapport médical de mai 1998 défavorable à sa mise en liberté et sur le fait qu'en s'enfuyant le requérant avait démontré qu'il ne pouvait lui être fait confiance.

---

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

Enfin, le juge considéra qu'il n'était pas nécessaire d'examiner les demandes de mise en liberté présentées par le requérant lui-même, étant donné l'aliénation mentale de l'intéressé. L'appel interjeté par le requérant contre cette décision fut rejeté.

Article 5 § 4: a) S'agissant des cas d'internement de personnes souffrant de troubles psychiatriques, la procédure prévue par la législation portugaise pertinente correspond à un contrôle judiciaire périodique et automatique des motifs de l'internement. Par ailleurs, l'interné a la possibilité de demander à tout moment la levée de la mesure et sa mise en liberté. En l'espèce, la mention «vu» apposée par le juge d'application des peines sur le dossier de la première demande de mise en liberté du requérant ne saurait passer pour une décision sur les motifs de l'internement. Contrairement à ce que le juge du tribunal criminel avait arrêté dans son ordonnance de janvier 1997, le premier contrôle périodique obligatoire de l'internement n'a eu lieu qu'en janvier 2000, soit plus de deux ans et demi après la première demande de mise en liberté déposée par le requérant. Que les sept mois pendant lesquels ce dernier était en fuite soient déduits ou non, la période écoulée doit être considérée comme excessive, sans qu'aucun motif exceptionnel ne la justifie au regard de l'article 5 § 4. Cette seule raison suffit pour conclure à la violation de cette disposition. Par ailleurs, le tribunal de l'application des peines a décidé de maintenir le requérant en détention, en janvier 2000, en se fondant notamment sur un rapport médical établi en mai 1998. La juridiction s'est donc prononcée à partir d'éléments médicaux obtenus un an et huit mois auparavant et qui ne reflétaient pas nécessairement l'état du requérant au moment de la décision. Pareil intervalle entre l'établissement d'un rapport médical et la décision était de nature à porter atteinte au principe qui sous-tend l'article 5 en ce qu'il prémunit l'individu contre l'arbitraire lorsque se trouve en jeu une mesure privative de liberté. Enfin, le tribunal de l'application des peines n'a pas satisfait aux exigences de la procédure relative au contrôle périodique obligatoire des motifs d'internement, telle qu'envisagée dans la législation interne.

*Conclusion* : violation (unanimité).

b) Quant au défaut d'assistance juridique adéquate allégué par le requérant, une personne détenue dans un établissement psychiatrique pour avoir accompli des actes constitutifs d'infractions pénales, mais dont les troubles mentaux empêchent de la juger responsable, doit, sauf circonstances exceptionnelles, jouir de l'assistance d'un avocat dans les procédures ultérieures relatives à la poursuite, la suspension ou la fin de son internement. L'importance de l'enjeu pour elle – sa liberté – combinée à la nature même de son mal – une aptitude mentale diminuée – dicte cette conclusion. En l'espèce, le requérant présentait des troubles mentaux qui l'empêchaient de poursuivre une procédure judiciaire, en l'occurrence celle relative au contrôle périodique de la légalité de son internement, sans assistance. Le juge du tribunal de l'application des peines a désigné au début de la procédure, conformément à la loi, un avocat comme défenseur d'office du requérant. Cependant, ledit avocat n'est intervenu à aucun moment dans la procédure. Or, comme la Cour l'a souligné à maintes reprises sur le terrain de l'article 6 § 3 c), la nomination d'un conseil n'assure pas à elle seule l'effectivité de l'assistance qu'il peut procurer à l'accusé. En l'espèce, le défaut d'assistance effective est apparu de manière flagrante lors de l'audience de juillet 1998, lorsqu'en l'absence de l'avocat

d'office le juge désigna un fonctionnaire de l'établissement pénitentiaire dans lequel se trouvait le requérant en tant que défenseur d'office. Le Gouvernement a soutenu que le juge s'est passé de la présence de l'avocat d'office parce qu'il n'y avait aucune question juridique à régler. Cet argument ne peut être accepté. Premièrement, l'audition en cause avait pour but de permettre au juge de statuer sur la nécessité de prolonger l'internement du requérant, et il va de soi que des questions de droit peuvent se poser au cours d'une telle audition. Deuxièmement, le juge n'avait pas renoncé à ce que le requérant fût représenté car il avait désigné un fonctionnaire de l'établissement pénitentiaire à cette fin. Même si une telle désignation était, semble-t-il, conforme à la législation interne et à la jurisprudence du Tribunal constitutionnel, elle ne saurait passer pour une représentation adéquate du requérant. Ce dernier n'a donc pas bénéficié d'une assistance juridique adéquate.

*Conclusion* : violation (unanimité).

Article 41 : la Cour alloue au requérant une somme pour dommage moral et une autre somme pour frais et dépens.

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

*Megyeri c. Allemagne*, arrêt du 12 mai 1992, série A n° 237-A

*Herczegfalvy c. Autriche*, arrêt du 24 septembre 1992, série A n° 244

*Daud c. Portugal*, arrêt du 21 avril 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-II

*Musial c. Pologne* [GC], n° 24557/94, CEDH 1999-II



### En l'affaire Magalhães Pereira c. Portugal,

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

MM. G. RESS, *président*,  
A. PASTOR RIDRUEJO,  
L. CAFLISCH,  
J. MAKARCZYK,  
I. CABRAL BARRETO,  
M<sup>me</sup> N. VAJÍĆ,  
M. M. PELLONPÄÄ, *juges*,

et de M. V. BERGER, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 14 juin 2001 et  
30 janvier 2002,

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

### PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 44872/98) dirigée contre la République portugaise et dont un ressortissant de cet Etat, M. Joaquim Magalhães Pereira («le requérant»), avait saisi la Commission européenne des Droits de l'Homme («la Commission») le 3 avril 1997 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 alléguait en particulier ne pas avoir bénéficié d'un recours respectant les conditions de l'article 5 § 4 de la Convention et se plaignait, sur le terrain de l'article 5 §§ 1 et 4, des insuffisances de son assistance juridique et de la durée excessive de l'examen de la légalité du maintien de son internement.

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. Elle a été attribuée à la quatrième 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.

5. Par une décision du 14 juin 2001, la chambre a déclaré la requête partiellement recevable<sup>1</sup>, après une audience dédiée à la fois aux questions de recevabilité et à celles de fond (article 54 § 4 du règlement).

6. Tant le requérant que le gouvernement portugais («le Gouvernement») ont déposé des observations écrites sur le fond de l'affaire (article 59 § 1 du règlement).

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

7. Le 1<sup>er</sup> novembre 2001, la Cour a modifié la composition de ses sections (article 25 § 1 du règlement). La présente requête a cependant continué à être examinée par la chambre de l'ancienne quatrième section telle qu'elle existait avant cette date.

8. Une audience s'est déroulée en public au Palais des Droits de l'Homme, à Strasbourg, le 14 juin 2001 (article 59 § 2 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M. A. HENRIQUES GASPAS, procureur général adjoint, *agent,*

– *pour le requérant*

M<sup>c</sup> J. PIRES DE LIMA, avocat, *conseil.*

La Cour les a entendus en leurs déclarations.

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

9. Le requérant est un ressortissant portugais né en 1940. Il était avocat et est actuellement détenu à la clinique psychiatrique pénitentiaire de Santa Cruz do Bispo à Matosinhos (Portugal).

#### A. L'internement du requérant

10. Soupçonné d'escroquerie, le requérant fut arrêté le 1<sup>er</sup> mars 1996 et placé en détention provisoire.

11. Pendant le déroulement de la procédure, il fut soumis à une expertise psychiatrique. Dans son rapport du 22 juillet 1996, l'expert conclut qu'il souffrait de schizophrénie résiduelle et qu'il devait être soumis à un traitement psychiatrique prolongé.

12. Par un jugement du 11 novembre 1996, le tribunal criminel de Porto constata que l'inculpé, en raison de son aliénation mentale, était pénalement irresponsable (*inimputável*) et dangereux. En conséquence, il ordonna son internement pour une durée maximale de huit ans.

13. Le 4 décembre 1996, le requérant fut transféré à la clinique psychiatrique pénitentiaire de Santa Cruz do Bispo.

14. Par une ordonnance du 24 janvier 1997, le juge du tribunal criminel de Porto décida que, conformément à la loi, le contrôle périodique obligatoire de l'internement devrait avoir lieu le 1<sup>er</sup> mars 1998.

## B. Le contrôle de la légalité du maintien de l'internement

15. Le dossier fut transmis au tribunal de l'application des peines (*Tribunal de Execução das Penas*) de Porto. Le 19 février 1997, le juge de ce tribunal commit d'office un avocat pour défendre le requérant, qui n'en avait choisi aucun. Il demanda également aux services de la clinique de Santa Cruz do Bispo d'effectuer une première évaluation de l'état du requérant.

16. Par une lettre du 19 mars 1997, le docteur M.S.C. informa le juge de ce que le requérant se trouvait «cliniquement équilibré». Il ajouta que l'intéressé «a[vait] un comportement adéquat et pourra[it] bénéficier d'une mise en liberté avec mise à l'épreuve [*liberdade para prova*] s'il accept[ait] un soutien psychiatrique à l'extérieur et pren[ait] ses médicaments».

17. Par une ordonnance du 7 avril 1997, le juge décida d'attendre l'écoulement des délais prévus à l'article 504 du code de procédure pénale.

18. Le 2 juillet 1997, le requérant déposa lui-même une demande de mise en liberté, se fondant sur l'avis favorable du docteur M.S.C. Le 4 juillet 1997, le juge apposa sur le dossier la mention «vu» (*visto*).

19. Le 7 janvier 1998, le juge, conformément à la loi, invita l'Institut de réinsertion sociale à présenter son avis sur la situation sociale du requérant et l'Institut de médecine légale (IML) de Porto à soumettre l'intéressé à un examen médical.

20. L'Institut de réinsertion sociale présenta son rapport le 18 mai 1998. Il y concluait à l'existence de conditions favorables pour la mise en liberté avec mise à l'épreuve du requérant. Un examen médical eut lieu le 28 avril 1998. L'IML déposa lui aussi son rapport le 18 mai 1998. Il y concluait à la persistance du caractère dangereux du requérant.

21. Le 2 juin 1998, le requérant forma lui-même une nouvelle demande de mise en liberté, invoquant, entre autres, l'article 5 § 4 de la Convention.

22. Le 1<sup>er</sup> juillet 1998, il fut entendu par le juge. L'avocat qui lui avait été commis d'office ne se trouvant pas présent, le juge désigna un fonctionnaire de l'établissement pénitentiaire de Santa Cruz do Bispo pour assurer sa défense. Le requérant déclara notamment qu'il s'estimait rétabli et que les médicaments qu'il était toujours en train de prendre étaient inutiles.

23. Le 9 juillet 1998, il introduisit lui-même une nouvelle demande de mise en liberté. Les 14 et 24 juillet 1998, il déposa des mémoires critiquant le rapport médical de l'IML.

24. Le 9 novembre 1998, la Direction générale des services pénitentiaires demanda au tribunal de l'application des peines une copie de la dernière décision relative au contrôle périodique de l'internement du requérant. Le 10 novembre 1998, le juge indiqua qu'aucune décision n'avait encore été prise.

25. Le requérant s'évada au cours d'une sortie temporaire entre le 1<sup>er</sup> et le 3 avril 1999. Les autorités de police le capturèrent à son domicile familial le 11 novembre 1999.

26. Par une décision du 20 janvier 2000, le tribunal de l'application des peines décida de maintenir l'internement du requérant. Le juge se fonda d'abord sur le rapport de l'IML du 18 mai 1998. Il souligna ensuite qu'il était clair que le requérant, qui avait profité d'une sortie temporaire pour s'évader, n'était pas en mesure de se montrer à la hauteur de la confiance que le système pénitentiaire lui avait accordée. Enfin, le juge considéra qu'il n'était pas nécessaire d'examiner les demandes de mise en liberté présentées par le requérant lui-même, compte tenu de l'aliénation mentale de l'intéressé.

27. Le requérant fit lui-même appel de cette décision devant la cour d'appel (*Tribunal da Relação*) de Porto. Toutefois, par une ordonnance du 4 février 2000, le juge du tribunal de l'application des peines décida de ne pas examiner cette demande. Après avoir constaté la situation d'interné du requérant et le fait que celui-ci était représenté par un défenseur d'office, il se fonda sur une décision rendue par le président de la chambre criminelle de la Cour suprême le 5 janvier 2000 dans le cadre d'une procédure d'*habeas corpus* et selon laquelle aucune autre demande d'*habeas corpus* présentée par le requérant lui-même ne serait examinée, compte tenu de l'aliénation mentale de l'intéressé.

28. A une date non précisée, le requérant fit lui-même appel de cette dernière ordonnance devant la cour d'appel. Toutefois, le juge du tribunal de l'application des peines, par une ordonnance du 1<sup>er</sup> mars 2000, refusa d'examiner l'appel, renvoyant aux motifs de son ordonnance du 4 février 2000.

29. Le 8 novembre 2000, le requérant, agissant par l'intermédiaire de M<sup>r</sup> Pires de Lima, saisit la cour d'appel de Porto d'une demande de récusation du juge du tribunal de l'application des peines chargé du dossier. La cour d'appel, par un arrêt du 7 janvier 2001, fit droit à la demande, et un nouveau juge fut désigné.

30. Le 29 janvier 2001, le ministère public requit la mise en liberté du requérant, celui-ci ne présentant plus aucun danger. Par une décision du 30 janvier 2001, le juge rejeta la demande et décida de revoir la situation lors du prochain contrôle périodique, prévu le 20 janvier 2002. Le ministère public fit appel de cette décision devant la cour d'appel de Porto.

31. Par un arrêt du 20 juin 2001, la cour d'appel rejeta le recours.

## II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

32. Les dispositions pertinentes du code pénal, telles que modifiées par le décret-loi n° 48/95 du 15 mars 1995, sont les suivantes :



**Article 20 § 1**

«N'est pas pénalement responsable celui qui, en raison de troubles psychiques, est incapable au moment des faits d'apprécier le caractère illicite de ses actes ou d'en évaluer la portée.»

**Article 91**

«1. Celui qui commet un fait punissable et est considéré comme pénalement irresponsable, au sens de l'article 20, est interné, sur ordre du tribunal, dans un établissement de soins, de traitement ou de sûreté, dans la mesure où, compte tenu de ses troubles psychiques et de la gravité de ses actes, il y a lieu de craindre qu'il perpète d'autres faits graves.

2. Lorsque l'infraction commise par une personne pénalement irresponsable consiste en un crime contre les personnes ou en un crime de droit commun punis d'une peine supérieure à cinq ans, l'internement est d'une durée minimale de trois ans, sauf si la mise en liberté se révèle compatible avec la défense de l'ordre juridique et de la paix sociale.»

**Article 92 § 1**

«Sans préjudice des dispositions du paragraphe 2 de l'article précédent, l'internement prend fin lorsque le tribunal constate que la dangerosité criminelle ayant motivé l'internement a cessé.»

**Article 93**

«1. Quel que soit le moment, dès lors qu'une cause justifiant la cessation de la mesure d'internement est invoquée, le tribunal apprécie la question.

2. Le tribunal statue d'office, indépendamment de toute demande, deux ans après le début de l'internement ou la décision le maintenant.

(...)»

33. Tant le code de procédure pénale que le décret-loi n° 783/76 du 29 octobre 1976 portant organisation des tribunaux de l'application des peines détaillent la procédure à suivre en la matière. Les articles 503 et 504 du code de procédure pénale disposent :

**Article 503**

«1. Dans l'établissement où l'internement doit se faire, un dossier individuel est ouvert, dans lequel sont enregistrés ou versés toutes les communications reçues du tribunal et tous les éléments fournis à ce dernier, ainsi que les rapports d'évaluation périodique des résultats du traitement sur la dangerosité de l'interné.

2. Une fois par an ou dès lors que les conditions le justifient ou que le tribunal de l'application des peines le sollicite, le directeur de l'établissement envoie à ce tribunal le rapport d'évaluation périodique.»

**Article 504**

«1. Deux mois ou plus avant la date prévue pour la révision obligatoire de la situation de l'interné, le tribunal de l'application des peines ordonne :

a) une expertise psychiatrique ou de personnalité, à effectuer si possible dans l'établissement où se trouve l'interné, le rapport y afférent devant être présenté au tribunal dans un délai de trente jours;

b) d'office ou sur demande du ministère public, de l'interné ou de l'avocat, les mesures qui semblent avoir un intérêt pour la décision.

2. Pour la même date, les services de réinsertion sociale envoient un rapport contenant une analyse du milieu familial et professionnel de l'interné.

3. La révision obligatoire de la situation de l'interné a lieu après audition du ministère public, de l'avocat et de l'interné, l'absence de ce dernier ne pouvant être admise que lorsque son état de santé rend son audition inutile ou impossible.

(...)»

34. L'article 62 § 2 du code de procédure pénale, applicable à titre subsidiaire à la procédure devant les tribunaux de l'application des peines, prévoit qu'exceptionnellement, en cas d'urgence ou d'impossibilité de trouver un avocat ou un avocat stagiaire, le juge peut commettre d'office, aux fins de la représentation de l'accusé, une personne idoine non juriste. Dans son arrêt n° 59/99 du 2 février 1999 (*Boletim do Ministério da Justiça* n° 484, p. 48), le Tribunal constitutionnel a décidé que la désignation d'un fonctionnaire du greffe d'un tribunal en tant que défenseur d'office de l'accusé ne portait pas atteinte aux droits de la défense, garantis par l'article 32 de la Constitution.

## EN DROIT

### I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 5 §§ 1 ET 4 DE LA CONVENTION

35. Le requérant allègue que la légalité du maintien de son internement a été examinée de manière tardive et non conforme au droit interne. Il se plaint par ailleurs de ne pas avoir bénéficié d'une assistance juridique effective dans le cadre de la procédure en cause. Il invoque les paragraphes 1 et 4 de l'article 5 de la Convention, qui disposent notamment :

« 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 :

a) s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent ;

(...)

c) s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond ;

(...)

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.

(...)»

### A. Le contrôle de la légalité du maintien de l'internement

36. Le requérant affirme que, d'après la législation interne, le premier contrôle périodique de la légalité de son internement devait avoir lieu avant le 1<sup>er</sup> mars 1998. Or ce contrôle n'aurait eu lieu que le 20 janvier 2000, qui plus est sur la base d'un rapport de 1998, ce qui serait également contraire au droit interne. Enfin, le juge n'aurait pas répondu à la demande de mise en liberté présentée par le requérant le 2 juillet 1997. Pour l'intéressé, il y a donc eu violation de l'article 5 §§ 1 et 4 de la Convention.

37. Le Gouvernement soutient quant à lui que la procédure interne en matière de contrôle de la légalité de l'internement a été respectée. Il estime qu'aucune violation de l'article 5 § 1 ne peut être constatée, dans la mesure où la décision initiale d'internement justifie selon lui la durée totale de privation de liberté, telle qu'elle a été décidée par le tribunal criminel de Porto, ce dernier ayant fixé à huit ans la durée maximale de la mesure d'internement appliquée au requérant.

38. Le Gouvernement considère que la question ne peut être examinée que sous l'angle de l'article 5 § 4. Il soutient qu'il n'y a pas eu violation de cette disposition car la procédure interne concernant le contrôle périodique de la légalité de la détention a été respectée, même si c'est avec un certain retard. Il souligne que le requérant a finalement bénéficié d'un examen de sa situation à des intervalles réguliers, comme l'exige l'article 5 § 4. Il rappelle à cet égard que le requérant a été en fuite du 3 avril au 11 novembre 1999.

39. La Cour estime pour sa part plus approprié d'examiner lesdits griefs d'abord sous l'angle de l'article 5 § 4.

#### 1. Sur la violation de l'article 5 § 4

40. La Cour constate d'emblée que nul ne conteste que la détention du requérant tombait dans le champ d'application de l'article 5 § 1 e), l'intéressé ayant été considéré comme pénalement irresponsable et auteur de faits punissables graves. D'après la jurisprudence de la Cour, une personne internée dans ces conditions a le droit, au titre de l'article 5 § 4, de faire examiner par un tribunal à des intervalles raisonnables la «légalité» – au sens de la Convention – de sa détention car les motifs qui justifiaient l'internement à l'origine peuvent cesser d'exister (*Musial c. Pologne* [GC], n° 24557/94, § 43, CEDH 1999-II).

41. Pour remplir les exigences de l'article 5 § 4, pareil contrôle doit respecter les normes de fond comme de procédure de la législation

nationale et s'exercer de surcroît en conformité avec le but de l'article 5 : protéger l'individu contre l'arbitraire. La seconde condition implique non seulement que les juridictions compétentes statuent « à bref délai », mais aussi que leurs décisions se suivent à un rythme raisonnable (*Herczegfalvy c. Autriche*, arrêt du 24 septembre 1992, série A n° 244, p. 24, § 75).

42. La Cour observe d'abord que la procédure instituée par la législation portugaise pertinente s'analyse en un contrôle judiciaire périodique et automatique des motifs de l'internement similaire à celui qui était en cause dans l'affaire *Herczegfalvy* susmentionnée. Par ailleurs, l'interné dispose, à tout moment, de la possibilité de demander la levée de la mesure et sa mise en liberté.

43. En l'espèce, le requérant a déposé le 2 juillet 1997 une demande de mise en liberté fondée sur un rapport médical établi par l'un des médecins de la clinique psychiatrique pénitentiaire de Santa Cruz do Bispo. Le 4 juillet 1997, le juge du tribunal de l'application des peines apposa sur le dossier la mention « vu ».

La Cour observe d'abord que cette mention ne saurait passer pour un examen de la demande qui avait été déposée par le requérant, et encore moins pour une décision sur les motifs de l'internement.

44. Comme le juge du tribunal criminel de Porto l'avait signalé dans son ordonnance du 24 janvier 1997, le premier contrôle périodique obligatoire de l'internement du requérant devait avoir lieu le 1<sup>er</sup> mars 1998, soit deux ans après la mise en détention provisoire de l'intéressé. Or aucun contrôle n'eut lieu à cette date.

45. Le premier contrôle des motifs de l'internement n'a finalement eu lieu que le 20 janvier 2000, soit deux ans, six mois et dix-huit jours après la première demande de mise en liberté déposée par le requérant. La Cour note d'emblée que, sauf motifs exceptionnels propres à la justifier, pareille période doit passer pour excessive et incompatible avec la notion de bref délai au sens de l'article 5 § 4.

46. Soulignant le fait que le requérant a été en fuite pendant sept mois, le Gouvernement estime quant à lui que la période en cause n'est pas excessive.

47. La Cour n'est pas convaincue qu'il faille retrancher de ladite période de deux ans, six mois et dix-huit jours celle de sept mois pendant laquelle le requérant a été absent de la clinique. Elle relève que les autorités de police ont finalement retrouvé le requérant à son domicile familial, dont l'adresse était connue dès le début de la procédure pénale, en 1996, et où l'intéressé était tenu de résider pendant sa sortie temporaire. On peut dès lors se demander s'il était justifié que ces autorités laissent s'écouler sept mois avant de retrouver le requérant à l'adresse qu'il avait lui-même indiquée.

48. Quoi qu'il en soit, la période en cause demeure excessive, sans que la Cour puisse discerner des circonstances exceptionnelles capables de la

justifier au regard de l'article 5 § 4. Ce motif suffit, à lui seul, pour amener la Cour à conclure à la violation de cette disposition.

49. La Cour relève par ailleurs que lorsque le tribunal de l'application des peines a décidé le 20 janvier 2000 de maintenir le requérant en détention, il s'est fondé notamment sur un rapport médical établi le 18 mai 1998. Le tribunal s'est donc prononcé à partir d'éléments médicaux obtenus un an et huit mois auparavant et qui ne reflétaient donc pas nécessairement l'état du requérant au moment de la décision. La Cour estime que pareil intervalle entre l'établissement d'un rapport médical et la décision subséquente peut se heurter en soi au principe qui sous-tend l'article 5 de la Convention : prémunir l'individu contre l'arbitraire quand se trouve en jeu une mesure privative de liberté (*Musial* précité, § 50).

50. Enfin, la Cour souligne que le tribunal de l'application des peines de Porto n'a pas satisfait, comme le Gouvernement lui-même semble le reconnaître lorsqu'il parle d'un « certain retard » dans le « respect » des dispositions pertinentes, aux normes de procédure de la législation nationale concernant le contrôle périodique obligatoire des motifs de l'internement ; le délai prévu à l'article 93 § 2 du code pénal, qui est à cet égard sans équivoque, n'a pas été respecté (paragraphe 32 ci-dessus).

51. Bref, il y a eu violation de l'article 5 § 4 de la Convention.

## 2. Sur la violation de l'article 5 § 1

52. Le requérant allègue que les dispositions du droit interne en matière de contrôle de la légalité du maintien de l'internement n'ont pas été respectées, ce qui serait également contraire à l'article 5 § 1.

53. La Cour a déjà examiné ce grief sous l'angle de l'article 5 § 4 (paragraphe 50 ci-dessus). Compte tenu de la conclusion à laquelle elle est parvenue, elle estime qu'il n'y a pas lieu de l'examiner de surcroît sur le terrain du paragraphe 1 (*Herczegfalvy* précité, p. 22, § 68 *in fine*).

## B. L'assistance juridique

54. Le requérant affirme que l'avocat stagiaire désigné par le juge du tribunal de l'application des peines n'est pas du tout intervenu dans la procédure et était absent lors de l'audition du 1<sup>er</sup> juillet 1998. Il estime ainsi ne pas avoir bénéficié avant octobre 2000, date à laquelle M<sup>r</sup> Pires de Lima a assumé la défense de ses intérêts, d'une véritable assistance juridique, alors qu'eu égard à son état mental l'Etat avait l'obligation de lui fournir une telle assistance. Le requérant voit dans cette carence une violation de l'article 5 § 4 de la Convention.

55. Le Gouvernement considère que l'intéressé a bénéficié d'une assistance juridique suffisante. Pour ce qui est en particulier de l'audition du 1<sup>er</sup> juillet 1998, il souligne qu'il n'y avait aucune question

juridique ou de procédure à régler, raison pour laquelle le juge s'est passé de la présence de l'avocat d'office.

56. La Cour rappelle sa jurisprudence selon laquelle l'article 5 § 4 exige que la procédure appliquée revête un caractère judiciaire et offre à l'individu en cause des garanties adaptées à la nature de la privation de liberté dont il se plaint; pour déterminer si une procédure offre des garanties suffisantes, il faut avoir égard à la nature particulière des circonstances dans lesquelles elle se déroule. Les instances judiciaires relevant de l'article 5 § 4 ne doivent pas toujours s'accompagner de garanties identiques à celles que l'article 6 § 1 prescrit pour les litiges civils ou pénaux. Encore faut-il que l'intéressé ait accès à un tribunal et l'occasion d'être entendu lui-même ou, au besoin, moyennant une certaine forme de représentation. Des garanties spéciales de procédure peuvent s'imposer pour protéger ceux qui, en raison de leurs troubles mentaux, ne sont pas entièrement capables d'agir pour leur propre compte (*Megyeri c. Allemagne*, arrêt du 12 mai 1992, série A n° 237-A, pp. 11-12, § 22).

57. En conséquence, une personne détenue dans un établissement psychiatrique pour avoir accompli des actes constitutifs d'infractions pénales, mais dont les troubles mentaux empêchent de la juger responsable, doit, sauf circonstances exceptionnelles, jouir de l'assistance d'un homme de loi dans les procédures ultérieures relatives à la poursuite, la suspension ou la fin de son internement. L'importance de l'enjeu pour elle – sa liberté – combinée à la nature même de son mal – une aptitude mentale diminuée – dicte cette conclusion (*Megyeri* précité, p. 12, § 23).

58. Nul ne conteste que le requérant en l'espèce présentait des troubles mentaux qui l'empêchaient de mener une instance judiciaire de manière adéquate, nonobstant sa formation juridique. C'est d'ailleurs pour cette raison que le président de la chambre criminelle de la Cour suprême décida, dans son ordonnance du 5 janvier 2000, de ne plus prendre en considération les demandes présentées par le requérant (paragraphe 26 ci-dessus).

59. Les circonstances de l'affaire commandaient donc la désignation d'un homme de loi pour assister le requérant dans le cadre de la procédure relative au contrôle périodique de la légalité de son internement.

60. La Cour constate que le juge du tribunal de l'application des peines a désigné en tout début de procédure, conformément à la loi, un avocat stagiaire comme défenseur d'office du requérant. Toutefois, cet avocat n'est jamais intervenu dans la procédure. Or, comme la Cour l'a souligné à maintes reprises sur le terrain de l'article 6 § 3 c), la nomination d'un conseil n'assure pas à elle seule l'effectivité de l'assistance qu'il peut procurer à l'accusé (voir, entre autres, *Daud c. Portugal*, arrêt du 21 avril 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-II, pp. 749-750, § 38).

61. Ce manque d'assistance effective s'est révélé particulièrement frappant lors de l'audition du 1<sup>er</sup> juillet 1998. Le Gouvernement soutient que si le juge s'est passé alors de la présence de l'avocat d'office c'est parce

qu'il n'y avait aucune question juridique à régler. La Cour ne peut accepter cet argument. Elle relève en premier lieu que l'audition en cause avait pour but, conformément à l'article 504 du code de procédure pénale, de permettre au juge de statuer sur la nécessité de prolonger l'internement du requérant. Or il va de soi que des questions de droit peuvent se poser au cours d'une telle audition. Deuxièmement, le juge n'avait apparemment pas renoncé à ce que le requérant fût représenté, puisqu'il avait désigné à cet effet un fonctionnaire de l'établissement pénitentiaire dans lequel se trouvait le requérant. Même si une telle désignation était, semble-t-il, conforme à la législation interne et à la jurisprudence du Tribunal constitutionnel, elle ne saurait valoir, aux yeux de la Cour, représentation adéquate du requérant.

62. Au vu de ce qui précède, force est de constater que la procédure menée en vue du contrôle juridictionnel de la légalité du maintien de l'internement du requérant n'a pas offert des garanties suffisantes, faute pour l'intéressé d'avoir pu bénéficier d'une assistance juridique adéquate avant octobre 2000.

63. Il y a donc eu violation de l'article 5 § 4 de la Convention sur ce point également.

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

64. 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

65. Le requérant réclame 10 000 000 d'escudos portugais (PTE), soit 49 879 euros (EUR), pour dommage moral.

De l'avis du Gouvernement, un constat de violation suffirait par lui-même à réparer le préjudice moral éventuellement subi par l'intéressé.

66. La Cour estime que le requérant a indéniablement subi, à raison de la durée et du manque d'équité de la procédure par laquelle il a cherché à mettre fin à son internement, un préjudice moral, que le simple constat de violation ne saurait compenser. Vu les circonstances de l'espèce et statuant en équité comme le veut l'article 41, elle lui alloue 6 000 EUR à ce titre.

### B. Frais et dépens

67. Le requérant fait valoir à cet égard que la somme versée par le Conseil de l'Europe au titre de l'assistance judiciaire ne représente pas la moitié des frais – honoraires compris – déjà facturés par son conseil.

Le Gouvernement s'en remet sur ce point à la sagesse de la Cour.

68. La Cour rappelle qu'un requérant ne peut obtenir le remboursement de ses frais et dépens que dans la mesure où se trouvent établis leur réalité, leur nécessité et le caractère raisonnable de leur taux (*Musial* précité, § 61).

69. Elle constate que le requérant en l'espèce n'a fourni aucune précision concernant les frais qui dépasseraient les montants perçus par la voie de l'assistance judiciaire. Il n'en reste pas moins, au vu du dossier, que l'intéressé a nécessairement dû engager certains frais pour la présentation de l'affaire devant la Cour par son avocat (voir à cet égard *Labita c. Italie* [GC], n° 26772/95, § 210, CEDH 2000-IV, et *Demiray c. Turquie*, n° 27308/95, § 70, CEDH 2000-XII).

Statuant en équité, la Cour juge raisonnable de lui octroyer à ce titre 5 000 EUR, moins les 1 779 EUR versés par le Conseil de l'Europe au titre de l'assistance judiciaire.

### C. Intérêts moratoires

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

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

1. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 5 § 4 de la Convention;
2. *Dit* qu'il ne s'impose pas de rechercher s'il y a eu violation de l'article 5 § 1 de la Convention;
3. *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, les sommes suivantes :
    - i. 6 000 EUR (six mille euros) pour dommage moral,
    - ii. 5 000 EUR (cinq mille euros), moins 1 779 EUR (mille sept cent soixante-dix-neuf euros), pour frais et dépens;
  - b) que ces montants seront à majorer d'un intérêt simple de 7 % l'an à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement;
4. *Rejette* la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français, puis prononcé en audience publique au Palais des Droits de l'Homme, à Strasbourg, le 26 février 2002.

Vincent BERGER  
Greffier

Georg RESS  
Président



MAGALHÃES PEREIRA v. PORTUGAL  
*(Application no. 44872/98)*

FOURTH SECTION<sup>1</sup>

JUDGMENT OF 26 FEBRUARY 2002<sup>2</sup>

---

1. In its composition prior to 1 November 2001.  
2. Translation; original French.



SUMMARY<sup>1</sup>**Lack of periodic review of lawfulness of continued psychiatric detention and non-examination of detainee's applications for release  
Lack of effective legal assistance in proceedings for review of need for continued psychiatric detention****Article 5 § 4**

*Review of lawfulness of detention – Speedily – Lack of periodic review of lawfulness of continued psychiatric detention and non-examination of detainee's applications for release – Lack of recent medical evidence – Failure to comply with mandatory periodic review prescribed by law – Procedural guarantees of review – Lack of effective legal assistance in proceedings for review of need for continued psychiatric detention*

\*  
\* \* \*

The applicant was committed to a psychiatric institution in December 1996 after being found, following fraud proceedings, not to be criminally responsible on account of his mentally disturbed state. In an order of January 1997 the criminal court judge fixed the mandatory periodic review of the applicant's detention for 1 March 1998, in accordance with the relevant legislation. In February 1997 the sentence-supervision court judge assigned a lawyer to defend the applicant. On 2 July 1997 the applicant personally lodged an application for release, relying on a favourable medical opinion. On 4 July 1997 the judge marked the file as "seen". In January 1998 the judge requested two institutes, in accordance with the law, to submit their opinion on the applicant's social and medical situation. Both institutes submitted their reports in May 1998. One recommended that the applicant be released, but the other did not. In July 1998 the applicant, who had personally submitted a further application for release, was examined by the judge. As the applicant's officially assigned lawyer was not present, the judge appointed as his defence counsel an officer from the prison in which the applicant was detained. The applicant personally lodged a third application for release. In April 1999 he took advantage of a prison leave to abscond and was not captured until November 1999, after being found at his home. In January 2000 the sentence-supervision court decided to keep the applicant in detention. The judge based his decision on the medical report of May 1998 which had recommended that he not be released and on the fact that, by absconding, the applicant had shown that he could not be trusted. Lastly, the judge considered that, on account of the applicant's mentally disturbed state, the applications for release he had lodged personally did not have to be examined. An appeal lodged by the applicant against that decision was dismissed.

---

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

*Held*

Article 5 § 4: (a) With regard to cases of detention of persons suffering from psychiatric disorders, the procedure prescribed by the relevant Portuguese legislation was a periodic and automatic review by a court of the grounds for detention. Moreover, detainees could at any time request that the detention order be lifted and they be released. In the present case the word “seen” marked by the sentence-supervision court judge on the case file relating to the applicant’s first application for release could not be regarded as a decision on the grounds for the detention. Contrary to the criminal court judge’s stipulation in his order of January 1997, the first mandatory periodic review of the applicant’s detention had not taken place until January 2000, which was more than two and a half years after the applicant’s first application for release. Whether or not the period of seven months during which the applicant had absconded was subtracted, the period in question had to be deemed excessive and the Court could not find any exceptional reasons to justify it under Article 5 § 4. That reason alone was sufficient to warrant the conclusion that this provision had been breached. Furthermore, the sentence-supervision court had decided to keep the applicant in detention in January 2000, basing its decision on, among other things, a medical report drawn up in May 1998. The court had therefore made its decision on the basis of medical evidence obtained one year and eight months earlier that had not necessarily reflected the applicant’s condition at the time of the decision. A delay of that length between drawing up a medical report and the decision was capable of running counter to the principle underlying Article 5, namely the protection of individuals against arbitrariness as regards any measure depriving them of their liberty. Lastly, the sentence-supervision court had not complied with the procedural rules on the mandatory periodic review of the grounds for detention, as provided for in the domestic legislation.

*Conclusion:* violation (unanimously).

(b) With regard to the lack of adequate legal assistance alleged by the applicant, where a person was confined in a psychiatric institution on the ground of the commission of acts which constituted criminal offences but for which he could not be held responsible on account of mental illness, he should – unless there were special circumstances – receive legal assistance in subsequent proceedings relating to the continuation, suspension or termination of his detention. The importance of what was at stake for him – personal liberty – taken together with the very nature of his affliction – diminished mental capacity – compelled that conclusion. In the present case the applicant suffered from a mental disability which had prevented him from conducting, without assistance, court proceedings such as those in the present case relating to the periodic review of the lawfulness of his detention. The sentence-supervision court had, at the beginning of the proceedings, in accordance with the law, assigned the applicant a lawyer as his defence counsel. However, that lawyer had not at any time taken any part in the proceedings. As the Court had held on a number of occasions in respect of Article 6 § 3 (c), assigning counsel did not in itself ensure the effectiveness of the assistance he might afford an accused. In the present case the lack of effective legal assistance had been glaringly apparent at the July 1998 hearing at which, in the absence of the applicant’s officially assigned lawyer, the judge had appointed as his defence counsel an officer of the prison in which he was detained. In the Government’s

submission, the judge had dispensed with the presence of an officially assigned lawyer because there had been no legal issues to determine. That argument could not be accepted. Firstly, the purpose of the hearing in question had been to enable the judge to decide whether the applicant should be kept in detention, and it was self-evident that legal issues might arise during such a hearing. Secondly, the judge did not appear to have decided that it was unnecessary for the applicant to be represented, since he had appointed for this purpose an official from the prison. Even though that appointment had appeared to be valid under domestic law and consistent with the case-law of the Constitutional Court, it could not be regarded as adequate representation for the applicant. Accordingly, the applicant had not had adequate legal assistance.

*Conclusion:* violation (unanimously).

Article 41: The Court awarded the applicant an amount for non-pecuniary damage and a further amount for costs and expenses.

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

*Megyeri v. Germany*, judgment of 12 May 1992, Series A no. 237-A

*Herczegfalvy v. Austria*, judgment of 24 September 1992, Series A no. 244

*Daud v. Portugal*, judgment of 21 April 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-II

*Musiał v. Poland* [GC], no. 24557/94, ECHR 1999-II



**In the case of Magalhães Pereira v. Portugal,**

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

Mr G. RESS, *President*,  
Mr A. PASTOR RIDRUEJO,  
Mr L. CAFLISCH,  
Mr J. MAKARCZYK,  
Mr I. CABRAL BARRETO,  
Mrs N. VAJIĆ,  
Mr M. PELLONPÄÄ, *judges*,

and Mr V. BERGER, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 14 June 2001 and 30 January 2002,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 44872/98) against the Portuguese 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 Portuguese national, Mr Joaquim Magalhães Pereira (“the applicant”), on 3 April 1997.

2. The applicant alleged, in particular, that he had not had a remedy satisfying the conditions of Article 5 § 4 of the Convention, and complained, relying on Article 5 §§ 1 and 4, of inadequacies in his legal assistance and of the excessive length of the review of the lawfulness of his continued detention.

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 Fourth 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. By a decision of 14 June 2001, following a hearing on admissibility and the merits (Rule 54 § 4), the Chamber declared the application partly admissible<sup>1</sup>.

6. The applicant and the Portuguese Government (“the Government”) each filed written observations on the merits of the case (Rule 59 § 1).

---

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

7. On 1 November 2001 the Court changed the composition of its Sections (Rule 25 § 1), but this case remained with the Chamber constituted within the former Fourth Section.

8. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 14 June 2001 (Rule 59 § 2).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mr A. HENRIQUES GASPÀR, Deputy Attorney-General, *Agent,*

(b) *for the applicant*

Mr J. PIRES DE LIMA, Lawyer, *Counsel.*

The Court heard addresses by them.

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

9. The applicant is a Portuguese national, born in 1940. He was a lawyer and is currently detained in the Santa Cruz do Bispo secure psychiatric unit in Matosinhos (Portugal).

#### A. The applicant's detention

10. The applicant, who was suspected of fraud, was arrested on 1 March 1996 and placed in pre-trial detention.

11. During the proceedings against him the applicant was examined by a psychiatrist. In his report of 22 July 1996 the psychiatrist concluded that the applicant was suffering from residual schizophrenia and should be given long-term psychiatric treatment.

12. In a judgment of 11 November 1996 the Oporto Criminal Court held that, on account of his mentally disturbed state, the applicant was not criminally responsible (*inimputável*) and was dangerous. It accordingly ordered that he be detained for a maximum period of eight years.

13. On 4 December 1996 the applicant was transferred to the Santa Cruz do Bispo secure psychiatric unit.

14. In an order of 24 January 1997 a judge of the Oporto Criminal Court decided that, in accordance with the relevant legislation, the mandatory periodic review of the applicant's detention should take place on 1 March 1998.



## B. Review of the lawfulness of the continued detention

15. The applicant's file was transmitted to the Oporto Sentence-Supervision Court (*Tribunal de Execução das Penas*). On 19 February 1997 the judge of that court assigned a lawyer to represent the applicant, who had not chosen one himself. He also asked the staff of the Santa Cruz do Bispo secure unit to prepare an initial report on the applicant's condition.

16. In a letter of 19 March 1997 Dr M.S.C. informed the judge that the applicant was "clinically balanced". He added that "his behaviour [was] adequate and he [could] be released on probation [*liberdade para prova*] if he agree[d] to accept psychiatric support outside and [took] his medication".

17. In an order of 7 April 1997 the judge decided to await the expiry of the time-limits provided for in Article 504 of the Code of Criminal Procedure.

18. On 2 July 1997 the applicant personally lodged an application for release, relying on Dr M.S.C.'s favourable opinion. On 4 July 1997 the judge marked the file as "seen" (*visto*).

19. On 7 January 1998 the judge asked the Institute for Social Rehabilitation, in accordance with the relevant legislation, to submit its opinion on the applicant's social situation and asked the Oporto Institute of Forensic Medicine ("the IFM") to carry out a medical examination.

20. The Institute for Social Rehabilitation submitted its report on 18 May 1998, concluding that the applicant's circumstances were such that he could be released on probation. A medical examination was carried out on 28 April 1998. The IFM filed a report also on 18 May 1998 concluding that the applicant remained a danger to society.

21. On 2 June 1998 the applicant personally lodged a further application for release, relying on, *inter alia*, Article 5 § 4 of the Convention.

22. On 1 July 1998 the applicant was examined by the judge. As the applicant's officially assigned lawyer was not present, the judge appointed an officer from the Santa Cruz do Bispo secure psychiatric unit as his defence counsel. The applicant stated, among other things, that he considered himself to have recovered and that the medicines which he was still taking were unnecessary.

23. On 9 July 1998 the applicant personally lodged a further application for release. On 14 and 24 July 1998 he filed pleadings criticising the IFM's medical report.

24. On 9 November 1998 the Prison Service asked the Sentence-Supervision Court for a copy of the latest decision relating to the periodic review of the applicant's detention. On 10 November 1998 the judge indicated that no decision had yet been taken.

25. The applicant absconded during prison leave between 1 and 3 April 1999. He was captured on 11 November 1999 when the police authorities found him at his family home.

26. In a decision of 20 January 2000 the Sentence-Supervision Court decided to keep the applicant in detention. The judge based his decision on the IFM's report of 18 May 1998 first, before stressing that it was clear that the applicant, who had absconded during prison leave, was not in a position to prove himself worthy of the trust that the prison system had placed in him. Lastly, the judge considered that, on account of the applicant's mentally disturbed state, the applications for release he had lodged personally did not have to be examined.

27. The applicant personally appealed against that decision to the Oporto Court of Appeal (*Tribunal da Relação*). However, in an order of 4 February 2000 the judge of the Sentence-Supervision Court decided not to examine his appeal, noting that the applicant had been admitted to a secure psychiatric unit and was represented by officially assigned counsel, and that the President of the Criminal Division of the Supreme Court had delivered a decision on 5 January 2000 in habeas corpus proceedings to the effect that no other request for habeas corpus submitted by the applicant himself would be examined on account of his mentally disturbed state.

28. On an unknown date the applicant personally appealed against that order to the Court of Appeal. However, the judge of the Sentence-Supervision Court made an order on 1 March 2000 stating that he would not examine the appeal and referring to the reasons stated in his order of 4 February 2000.

29. On 8 November 2000 the applicant lodged, through Mr Pires de Lima, an application with the Oporto Court of Appeal challenging the judge of the Sentence-Supervision Court dealing with his case. In a judgment of 7 January 2001, the Oporto Court of Appeal granted his application, a new judge being appointed.

30. On 29 January 2001 the public prosecutor requested the applicant's release since he presented no further danger. In a decision of 30 January 2001 the judge dismissed that request and decided to review the situation at the next periodic review (scheduled for 20 January 2002). The public prosecutor appealed against that decision to the Oporto Court of Appeal.

31. In a judgment of 20 June 2001 the Court of Appeal dismissed the appeal.

## II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

32. The relevant provisions of the Criminal Code, as amended by Legislative Decree no. 48/95 of 15 March 1995, are as follows:

**Article 20 § 1**

“Persons suffering from a mental disorder who are incapable at the material time of appreciating the unlawful nature or the consequences of their actions shall not be held criminally responsible for those actions.”

**Article 91**

“1. A person who commits a punishable offence and who is found not to be criminally responsible within the meaning of Article 20 shall be ordered to be detained in an asylum, hospital or secure unit, if there is reason to believe, in view of his mental illness and the nature and seriousness of his offence, that he may commit further serious offences.

2. Where the offence committed by a person found not to be criminally responsible is an offence against the person or a crime punishable by more than five years’ imprisonment, he shall be ordered to be detained for a minimum period of three years, save where his release is not incompatible with the protection of the legal system and public order.”

**Article 92 § 1**

“Without prejudice to the provisions of paragraph 2 of the preceding Article, detention shall cease when the court finds that the justification for the detention no longer exists because the detainee is no longer criminally dangerous.”

**Article 93**

“1. The court may at any time hear an application relying on a ground for the cessation of the detention measure.

2. The court shall, of its own motion, regardless of whether any application has been made, review the detention two years after it began or after the decision extending it.

...”

33. The Code of Criminal Procedure and Legislative Decree no. 783/76 of 29 October 1976 setting up sentence-supervision courts lay down the appropriate procedure to be followed. Articles 503 and 504 of the Code of Criminal Procedure provide:

**Article 503**

“1. A personal file shall be opened in the establishment in which the person is to be detained in which shall be registered or placed all documents received from or sent to the court together with periodic reports on the effects of the treatment on the dangerousness of the detainee.

2. The governor of the establishment shall send the periodic reports to the sentence-supervision court annually and when justified by the circumstances or requested by the court.”

#### Article 504

"1. Up until two months prior to the date scheduled for the mandatory review of the detainee's situation, the sentence-supervision court shall order

(a) a psychiatric or character report, if possible in the establishment where the detainee is detained, which must be submitted to the court within thirty days;

(b) of its own motion, or at the request of the public prosecutor, the detainee or the lawyer, measures likely to assist it in reaching a decision.

2. Up until the same date the social rehabilitation services shall send a report on the detainee's family and professional environment.

3. The mandatory review of the detainee's situation shall be conducted after hearing submissions from the public prosecutor, the lawyer and the detainee; the latter must be present, save where his state of health renders such hearing purposeless or impossible.

..."

34. Article 62 § 2 of the Code of Criminal Procedure, which applies as an alternative provision in proceedings before the sentence-supervision court, provides – exceptionally – in urgent cases, where it is not possible to find a member or trainee member of the Bar, that the judge may officially assign an appropriate person without legal qualifications to represent the accused. In judgment no. 59/99 of 2 February 1999 (*Boletim do Ministério da Justiça* no. 484, p. 48), the Constitutional Court held that the appointment of a court-registry official as the accused's defence counsel did not infringe the rights of the defence, as guaranteed by Article 32 of the Constitution.

## THE LAW

### I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 5 §§ 1 AND 4 OF THE CONVENTION

35. The applicant complained that the examination of the lawfulness of his continued detention had been improperly conducted and had taken too long. He also complained that he had not had effective legal assistance during those proceedings. He relied on Article 5 §§ 1 and 4 of the Convention, which provides, *inter alia*:

"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:

(a) the lawful detention of a person after conviction by a competent court;

...

(c) the lawful detention of persons for the prevention of the spreading of infectious diseases, of persons of unsound mind, alcoholics or drug addicts or vagrants;

...

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.”

### **A. Review of the lawfulness of the continued detention**

36. The applicant submitted that, under the domestic law, the first periodic review of the lawfulness of his detention should have been carried out before 1 March 1998, which was not done. The review was not carried out until 20 January 2000; the judge then based his decision on a report drawn up in 1998, which was also in breach of domestic law. Lastly, the judge had not dealt with the application for release lodged by the applicant on 2 July 1997. In the applicant’s submission, there had therefore been a breach of Article 5 §§ 1 and 4 of the Convention.

37. The Government asserted that the domestic procedure for the review of the lawfulness of the detention had been complied with. No breach of Article 5 § 1 could be found because the initial decision to detain the applicant justified the total length of time for which he was deprived of his liberty, as decided by the Oporto Criminal Court, which had ordered the applicant to be detained for a maximum period of eight years.

38. In the Government’s submission, the only provision under which the issue could be examined was Article 5 § 4. The Government submitted that there had not been a breach of that provision because the domestic procedure for the periodic review of the lawfulness of the detention had been complied with even if there had been some delay. They stressed that the applicant had ultimately benefited from a review of his situation at regular intervals, as required by Article 5 § 4. They noted in that connection that it should not be forgotten that the applicant had absconded from 3 April to 11 November 1999.

39. The Court considers it more appropriate to examine these complaints under Article 5 § 4 first.

#### *1. Alleged violation of Article 5 § 4*

40. The Court notes at the outset that the parties did not dispute that the applicant’s detention fell within the scope of application of Article 5 § 1 (e) because he had been deemed to have committed a serious offence but not to have been criminally responsible. According to the Court’s case-law, a person detained in such conditions is entitled under Article 5 § 4 to take proceedings at reasonable intervals before a court to put in issue the “lawfulness” – within the meaning of the Convention – of his or her detention, inasmuch as the reasons initially warranting confinement may cease to exist (see *Musial v. Poland* [GC], no. 24557/94, § 43, ECHR 1999-II).

41. Such a review must comply with both the substantive and procedural rules of the national legislation and, moreover, be conducted in conformity with the aim of Article 5, namely to protect the individual against arbitrariness. The latter condition implies not only that the relevant courts must decide “speedily”, but also that their decisions must follow at reasonable intervals (see *Herczegfalvy v. Austria*, judgment of 24 September 1992, Series A no. 244, p. 24, § 75).

42. The Court observes first that the procedure prescribed by the relevant Portuguese legislation is a periodic and automatic review by a court of the grounds for detention similar to the one at issue in *Herczegfalvy*, cited above. Furthermore, the detainee can at any time request the lifting of the detention order and his or her release.

43. In the instant case the applicant lodged an application for his release on 2 July 1997, basing his request on a medical report by one of the doctors from the Santa Cruz do Bispo secure psychiatric unit. On 4 July 1997 the judge of the Oporto Sentence-Supervision Court marked the file as “seen”.

The Court observes that that annotation cannot be regarded as an examination of the application lodged by the applicant, and still less a decision on the grounds for the detention.

44. As the judge of the Oporto Criminal Court had indicated in his order of 24 January 1997, the first mandatory periodic review of the applicant’s detention was to be carried out on 1 March 1998, which was two years after the applicant had been placed in pre-trial detention. No review was carried out on that date, however.

45. The first review of the grounds for the detention was not ultimately carried out until 20 January 2000, which was two years, six months and eighteen days after the applicant lodged his first application for release. The Court notes at the outset that at first sight this period appears excessive and incompatible with the concept of speediness within the meaning of Article 5 § 4 unless there are exceptional grounds justifying it.

46. In the Government’s submission, this period was not excessive. Account had to be taken of the fact that the applicant had absconded for seven months.

47. The Court is not convinced that the period of seven months during which the applicant was not at the secure psychiatric unit needs to be subtracted from the total period to be taken into consideration. It notes that the police authorities finally found the applicant at his family home, the address of which had been known to them right from the beginning of the criminal proceedings in 1996, and where the applicant was under an obligation to reside while on leave. The question therefore arises whether the authorities were justified in letting seven months elapse before finding the applicant at the address which he had himself given.

48. In any event, the period in question remains excessive and the Court cannot find any exceptional reasons to justify it under Article 5 § 4. That reason alone is sufficient to warrant the conclusion that this provision was breached.

49. The Court further notes that the Sentence-Supervision Court, in deciding, on 20 January 2000, that the applicant's detention should continue, relied, *inter alia*, on a medical report drawn up on 18 May 1998. It therefore reached its decision on the basis of medical evidence that had been obtained a year and eight months beforehand and did not necessarily reflect the applicant's condition at the time of the decision. The Court considers that a delay of that length between the preparation of a medical report and the subsequent decision is in itself capable of running counter to the principle underlying Article 5 of the Convention, namely the protection of individuals against arbitrariness as regards any measure depriving them of their liberty (see *Musial*, cited above, § 50).

50. Lastly, the Court points out that, as the Government themselves appear to acknowledge in their reference to a "certain delay" in "complying" with the relevant provisions, the Oporto Sentence-Supervision Court failed to comply with the procedural rules of the domestic legislation on the mandatory periodic review of the grounds for detention; the time-limit provided for in Article 93 § 2 of the Criminal Code, which is unequivocal in this regard, was not complied with (see paragraph 32 above).

51. In short, there has been a violation of Article 5 § 4 of the Convention.

## 2. *Alleged violation of Article 5 § 1*

52. The applicant alleged that the domestic legal provisions concerning the review of the lawfulness of continued detention were not complied with, which was also contrary to Article 5 § 1.

53. The Court has already examined this complaint under Article 5 § 4 (see paragraph 50 above). Having regard to the conclusion it has reached, the Court considers that it is not necessary to examine it under paragraph 1 as well (see *Herczegfalvy*, cited above, p. 22, § 68 *in fine*).

## **B. Legal assistance**

54. The applicant maintained that the trainee barrister appointed by the judge of the Sentence-Supervision Court took no part whatsoever in the proceedings and did not attend the hearing on 1 July 1998. He therefore considered that it was not until October 2000, when Mr Pires de Lima started defending him, that he had the benefit of proper legal assistance, whereas the State was obliged to provide him with such

assistance on account of his mental condition. The applicant alleged that this amounted to a breach of Article 5 § 4 of the Convention.

55. The Government submitted that the legal assistance in question was sufficient. With regard to the hearing on 1 July 1998, in particular, the Government stressed that there was no legal issue or point of procedure to determine, so the judge had dispensed with the presence of an officially assigned lawyer.

56. The Court reiterates its case-law according to which Article 5 § 4 requires that the procedure followed have a judicial character and give to the individual concerned guarantees appropriate to the kind of deprivation of liberty in question; in order to determine whether a proceeding provides adequate guarantees, regard must be had to the particular nature of the circumstances in which such proceeding takes place. The judicial proceedings referred to in Article 5 § 4 need not always be attended by the same guarantees as those required under Article 6 § 1 for civil or criminal litigation. Nonetheless, it is essential that the person concerned should have access to a court and the opportunity to be heard either in person or, where necessary, through some form of representation. Special procedural safeguards may prove called for in order to protect the interests of persons who, on account of their mental disabilities, are not fully capable of acting for themselves (see *Megyeri v. Germany*, judgment of 12 May 1992, Series A no. 237-A, pp. 11-12, § 22).

57. It follows from the foregoing that where a person is confined in a psychiatric institution on the ground of the commission of acts which constituted criminal offences but for which he could not be held responsible on account of mental illness, he should – unless there are special circumstances – receive legal assistance in subsequent proceedings relating to the continuation, suspension or termination of his detention. The importance of what is at stake for him – personal liberty – taken together with the very nature of his affliction – diminished mental capacity – compel this conclusion (see *Megyeri*, cited above, p. 12, § 23).

58. It is not disputed that the applicant suffered from a mental disability which prevented him from conducting court proceedings satisfactorily despite his legal training. That was, moreover, the conclusion of the order of 5 January 2000 by the President of the Criminal Division of the Supreme Court, who decided not to take any further account of the applications lodged by the applicant, given his mentally disturbed state (see paragraph 26 above).

59. The circumstances of the case therefore required a defence lawyer to be appointed to assist the applicant in the proceedings relating to periodic review of the lawfulness of the detention.

60. The Court notes that at the very beginning of the proceedings, in accordance with the law, the judge of the Sentence-Supervision Court



appointed a trainee barrister as the applicant's defence counsel. However, the barrister took no part whatsoever in the proceedings. As the Court has held on a number of occasions in respect of Article 6 § 3 (c), assigning counsel does not in itself ensure the effectiveness of the assistance he may afford an accused (see, among other authorities, *Daud v. Portugal*, judgment of 21 April 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-II, pp. 749-50, § 38).

61. This lack of effective legal assistance was glaringly apparent at the hearing of 1 July 1998. The Government maintained that the judge dispensed with the presence of an officially assigned lawyer, given that there were no legal issues to determine. The Court cannot accept that argument. It notes, firstly, that the purpose of the hearing in question, under Article 504 of the Code of Criminal Procedure, was to enable the judge to decide whether the applicant should be kept in detention. It is self-evident that legal issues may arise during such a hearing. Secondly, the judge does not appear to have decided that it was unnecessary for the applicant to be represented, since he appointed for this purpose an official from the prison in which the applicant was detained. Even though that appointment appeared to be valid under domestic law and consistent with the case-law of the Constitutional Court, it cannot, in the Court's view, be regarded as adequate representation for the applicant.

62. Having regard to the foregoing, the inescapable conclusion is that the proceedings for review by a court of the lawfulness of the applicant's continued detention did not offer sufficient guarantees, seeing as the applicant did not have adequate legal assistance until October 2000.

63. There has therefore been a breach of Article 5 § 4 of the Convention under this head as well.

## II. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

64. 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

65. The applicant claimed 10,000,000 Portuguese escudos (PTE), that is 49,879 euros (EUR), for non-pecuniary damage.

In the Government's view, the mere finding of a violation sufficed to compensate for any non-pecuniary damage sustained by the applicant.

66. The Court considers that the applicant undoubtedly suffered non-pecuniary damage on account of the length and lack of fairness of the proceedings by which he sought to secure his release, damage which cannot be compensated by the mere finding of a violation. Having regard to the circumstances of the case and ruling on an equitable basis, as required by Article 41, it awards him EUR 6,000 under this head.

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

67. The applicant pointed out in this connection that the sum paid by the Council of Europe in legal aid was insufficient to cover half the expenses already incurred by his counsel, including the fees.

The Government left the matter to the Court's discretion.

68. The Court reiterates that an award can be made in respect of costs and expenses only in so far as they have been actually and necessarily incurred by the applicant and are reasonable as to quantum (see *Musial*, cited above, § 61).

69. It notes that the applicant has not quantified the costs in excess of the amounts awarded in legal aid. It appears from the file, however, that the applicant must have incurred some costs for instructing his lawyer to submit the case to the Court (see, in this connection, *Labita v. Italy* [GC], no. 26772/95, § 210, ECHR 2000-IV, and *Demiray v. Turkey*, no. 27308/95, § 70, ECHR 2000-XII).

Ruling on an equitable basis, the Court considers it reasonable to award the applicant EUR 5,000 under this head, less EUR 1,779 paid by the Council of Europe in legal aid.

### **C. Default interest**

70. According to the information available to the Court, the statutory rate of interest applicable in Portugal at the date of adoption of the present judgment is 7% per annum.

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

1. *Holds* that there has been a violation of Article 5 § 4 of the Convention;
2. *Holds* that it is unnecessary to determine whether there has been a violation of Article 5 § 1 of the Convention;

3. *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) EUR 6,000 (six thousand euros) in respect of non-pecuniary damage;

(ii) EUR 5,000 (five thousand euros), less EUR 1,779 (one thousand seven hundred and seventy-nine euros), in respect of costs and expenses;

(b) that simple interest at an annual rate of 7% shall be payable from the expiry of the above-mentioned three months until settlement;

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

Done in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 26 February 2002.

Vincent BERGER  
Registrar

Georg RESS  
President



UNABHÄNGIGE INITIATIVE INFORMATIONSVIELFALT  
v. AUSTRIA  
(*Application no. 28525/95*)

THIRD SECTION<sup>1</sup>

JUDGMENT OF 26 FEBRUARY 2002<sup>2</sup>

---

1. In its composition prior to 1 November 2001.  
2. English original.



SUMMARY<sup>1</sup>**Injunction on repeating statements alleging racist agitation by politician****Article 10**

*Freedom of expression – injunction on repeating statements alleging racist agitation by politician – Protection of the reputation of others – Protection of the rights of others – Necessary in a democratic society – Political debate – Public interest – Duties and responsibilities of journalists – Distinction between statements of fact and value judgments – Margin of appreciation*

\*  
\* \*

The applicant association publishes a periodical entitled *TATblatt*. In 1992 it published a leaflet inviting readers to send the Austrian Freedom Party “small gifts in response to their racist agitation”. It mentioned in particular Jörg Haider, leader of the party and at the time a member of Parliament, and gave a list of the addresses and telephone numbers of party members. Mr Haider sought an injunction prohibiting the applicant from repeating the statement and the commercial court granted the injunction, finding that the statement about racist agitation was a statement of fact rather than a value judgment. The applicant’s appeal was dismissed and an extraordinary appeal on points of law was declared inadmissible by the Supreme Court.

*Held*

Article 10: The interference was prescribed by law and pursued the legitimate aim of protecting the reputation and rights of others. As to the necessity of the interference, the impugned statement ought to be seen in the political context in which it was made, namely as a reaction to an opinion poll initiated by Mr Haider and the Austrian Freedom Party against “immigration without control”. The Government’s argument that the allegation of “racist agitation” was a particularly serious one, as it amounted to a reproach of criminal behaviour, could be accepted in principle in the light of the duties and responsibilities of journalists, but in the circumstances of the case there was no indication of deliberate carelessness on the part of the applicant. Rather, it appeared that the statement did not constitute a gratuitous personal attack, as it was made in a particular political situation in which it contributed to a discussion on a matter of general interest. In so far as the Government maintained that the statement was one of fact and could therefore be proved, since proof of “incitement to hatred” could be established in criminal proceedings, the degree of precision for

---

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

establishing the well-foundedness of a criminal charge could hardly be compared to that which ought to be observed by a journalist when expressing his opinion on a matter of public concern, in particular in the form of a value judgment. The applicant published what might be considered as fair comment on a matter of public interest, that is a value judgment, and the Court disagreed with the qualification given to the statement by the Austrian courts. While such an opinion may be excessive, in particular in the absence of any factual basis, that was not so in the present case. The Austrian courts had therefore overstepped the margin of appreciation.

*Conclusion:* violation (unanimously).

Article 41: The Court made awards in respect of pecuniary damage and costs and expenses.

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

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

*Darby v. Sweden*, judgment of 23 October 1990, Series A no. 187

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

*The Observer and The Guardian v. the United Kingdom*, judgment of 26 November 1991, Series A no. 216

*Thorgeir Thorgeirson v. Iceland*, judgment of 25 June 1992, Series A no. 239

*Jersild v. Denmark*, judgment of 23 September 1994, Series A no. 298

*Prager and Oberschlick v. Austria*, judgment of 26 April 1995, Series A no. 313

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

*Lehideux and Isorni v. France*, judgment of 23 September 1998, *Reports* 1998-VII

*Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway* [GC], no. 21980/93, ECHR 1999-III

*Süreç v. Turkey (no. 1)* [GC], no. 26682/95, ECHR 1999-IV

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

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

*Jerusalem v. Austria*, no. 26958/95, ECHR 2001-II



**In the case of Unabhängige Initiative Informationsvielfalt 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 12 September 2000 and 30 January 2002,

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

## PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 28525/95) 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 association registered in Austria, Unabhängige Initiative Informationsvielfalt (“the applicant”), on 21 July 1995.

2. The applicant was represented before the Court by Mr T. Prader, a lawyer practising in Vienna (Austria). The Austrian Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr H. Winkler, Head of the International Law Department at the Federal Ministry of Foreign Affairs.

3. The applicant alleged that an injunction prohibiting it from repeating certain statements it had published in a periodical violated its right to freedom of expression, contrary to Article 10 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. 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 12 September 2000 the Chamber declared the application admissible<sup>1</sup>.

7. On 1 November 2001 the Court changed the composition of its Sections, but this case remained with the Chamber constituted within the former Third Section.

8. The applicant and the Government each filed observations on the merits (Rule 59 § 1).

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

9. The applicant is a registered association (*Verein*) in Vienna and the publisher of a periodical called *TATblatt*. In the 9 December 1992 issue of *TATblatt*, the following leaflet was published:

“*Querformat*, a (new) wall-newspaper against the trend towards the right wing ...”

“Racism has a name and address

The FPÖ [Austrian Freedom Party] and its party officials are certainly interested in your opinion! So, let’s call them and tell them what we think of them and their policy. Or let’s send them small gifts in response to their racist agitation.

We have gathered a small selection of Vienna FPÖ officials, FPÖ offices and of course Jörg Haider in order to facilitate a little the unbureaucratic exchange of opinions.

They will surely enjoy your phone calls, letters and parcels: ...”

The above text was followed by a list of addresses and telephone numbers of members and offices of the Austrian Freedom Party (FPÖ).

10. Between 25 January and 1 February 1993 an opinion poll (*Volksbegehren*) under the heading “Austria first” (“*Österreich zuerst*”) took place which had been initiated by the FPÖ several months before. The opinion poll, on the issue of immigration, consisted of twelve proposals, partly to amend legislation and partly to change administrative practices. It proposed, *inter alia*, the following:

- to amend the Federal Constitution by a provision stating that Austria was not a country of immigration;
- to stop immigration until a satisfactory solution to illegal immigration was found;
- to oblige all foreign workers to carry an identity card at their place of work, showing that they had a valid work permit;
- to increase the police force and create a separate border police;
- to limit the percentage of pupils whose mother tongue was not German to 30% and, if the percentage were higher, to create separate classes for foreigners;

---

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

- to deny foreigners the right to vote; and
- to require the immediate expulsion of and residence prohibition on foreign offenders.

11. On 11 February 1993 Mr Jörg Haider, leader of the FPÖ and at that time a member of Parliament, brought civil proceedings for an injunction under Article 1330 of the Austrian Civil Code (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*) against the applicant before the Vienna Commercial Court (*Handelsgericht*). He requested that the applicant be prohibited from repeating the statement according to which he had incited people to “racist agitation” (“*rassistische Hetze*”) and any similar statements. He further requested that the applicant be prohibited from inviting people to “send small gifts in response to their racist agitation”, together with the publication of the names, telephone numbers and addresses of members of the plaintiff’s political party.

12. The applicant submitted that it had never identified itself with the leaflet at issue and had merely published it out of journalistic interest and in order to inform the public. Moreover, the words “racist agitation” were not a statement of fact but a value judgment, and were meant as a critical comment of the opinion poll “Austria first” which the plaintiff had initiated and which was directed against “immigration without control”.

13. On 14 April 1994 the Vienna Commercial Court granted the injunction. It found that the impugned statement about “racist agitation” was not a value judgment, but a statement of fact. Such a statement contained a reproach of a criminal offence, namely “incitement to hatred” (*Verhetzung*) under Article 283 of the Austrian Criminal Code (*Strafgesetzbuch*), and not only damaged the plaintiff’s reputation (*Rufschädigung*) but also amounted to an insult (*Ehrenbeleidigung*). In order to avoid the injunction, the applicant therefore needed to prove the truth of its statement. However, it had failed to do so. Even accepting that the plaintiff was, more or less, a right-wing politician, there was no evidence that he had attempted to incite hatred (*verhetzen*) against aliens or had attacked their human dignity.

14. As regards the invitation to “send small gifts”, the court observed that a part of the applicant’s readership was, for political reasons, prepared to use violence and anarchistic methods. In this respect the court noted that in the 9 December 1992 issue of *TATblatt* a letter to the editor had been published which read as follows:

“... we organised in the night of 29 to 30 November our first action against Haider’s referendum and have smashed several windows of the FPÖ headquarters in Salzburg. This was only the beginning. ...”

15. According to another letter to the editor published in the 20 January 1993 issue of *TATblatt*, an FPÖ party office in Vienna had been “visited”, the words “racism stinks” had been sprayed on the walls,

windows smashed and butter acid thrown into the office. The Commercial Court then quoted further letters of this kind which had appeared in various issues of *TATblatt*. The court found that against this background the invitation to “send small gifts” constituted an attack on the plaintiff’s personality rights (*Persönlichkeitsrechte*) which had to be respected. Accordingly, the court granted the injunction in this respect also.

16. On 29 August 1994 the applicant appealed against the injunction.

17. On 26 January 1995 the Vienna Court of Appeal (*Oberlandesgericht*) dismissed the appeal. It confirmed the Commercial Court’s view that the statement according to which the plaintiff had incited people to “racist agitation” was a statement of fact which the applicant had failed to prove. In this respect the court found as follows:

“But since – as we have already outlined in dealing with the complaint concerning the facts – the meaning of the term ‘racist agitation’ could be established on the basis of general experience, and since the defendant has failed to submit any concrete allegations to the effect that the plaintiff had shown conduct corresponding to what is generally known as ‘racism’ and ‘agitation’, the court of first instance – without there being a mistake of law – rightly concluded that the defendant was unable to prove the truth of its allegations. ...”

18. As regards the applicant’s argument that this statement was covered by its right to freedom of expression, the Court of Appeal found that the interests of the applicant and the plaintiff had to be balanced against each other. However, the applicant’s statement could not be justified by referring to freedom of expression, because the statement went beyond the limits of acceptable criticism by reproaching the plaintiff with a criminal offence. Moreover, the impugned statement was untrue and therefore not protected by Article 10 of the Convention. The Court of Appeal confirmed the decision of the Commercial Court in respect of both statements.

19. On 13 March 1995 the applicant introduced an extraordinary appeal on points of law (*außerordentliche Revision*) against the Court of Appeal’s decision in so far as it concerned the prohibition to repeat the statement that the plaintiff had incited people to “racist agitation”.

20. On 6 April 1995 the Supreme Court (*Oberster Gerichtshof*) declared the extraordinary appeal inadmissible as it found that the qualification of the statement at issue as a statement of fact was in accordance with its previous case-law.

## II. RELEVANT DOMESTIC LAW

21. 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, gain or livelihood and if the untruth of the statement was known or must have been known to him. In such a case the retraction of the statement and the publication thereof may also be requested ...”

## THE LAW

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

22. The applicant complained under Article 10 of the Convention that the injunction issued by the Austrian courts, in so far as they had ordered the applicant not to repeat the statement that the plaintiff in the above proceedings had incited people to “racist agitation”, violated its right to freedom of expression.

23. The relevant part of Article 10 of the Convention 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 in the interests of ... public safety, for the prevention of disorder or crime ... for the protection of the reputation or rights of others ...”

#### A. Scope of the case and existence of an interference

24. The Court notes at the outset that the injunction issued against the applicant concerned, on the one hand, the invitation to “send small gifts” and, on the other hand, the statement that the plaintiff in the injunction proceedings had incited people to “racist agitation”.

25. The applicant does not complain about the first part of the injunction, namely the prohibition to repeat its invitation to “send small gifts” and it did not complain in the domestic proceedings before the Supreme Court about the injunction in this respect. The Court finds that this part of the leaflet can be distinguished from the criticism of Mr Haider for “racist agitation” and examined separately. Consequently, the Court will limit its examination in the present case to the question whether this second part of the injunction is a justified interference with the applicant's freedom of expression.

26. In so far as this part of the injunction is concerned, the Court finds that there has been an interference with the applicant's rights under Article 10 and this is not in dispute between the parties.

## **B. Justification for the interference**

27. An interference contravenes Article 10 of the Convention unless it is “prescribed by law”, pursues one or more of the legitimate aims referred to in paragraph 2 of Article 10 and is “necessary in a democratic society” for achieving such an aim or aims.

### *1. “Prescribed by law” and legitimate aim*

28. The Court notes that it was common ground between the parties 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 of the Convention. The Court endorses this assessment.

### *2. “Necessary in a democratic society”*

#### **(a) Arguments before the Court**

##### *(i) The applicant*

29. The applicant submitted that the injunction issued by the Austrian courts was not necessary in a democratic society. In particular, the Austrian courts wrongly qualified the impugned statement as a statement of fact, when it was a political value judgment criticising the plaintiff in the injunction proceedings and contributing to a political debate on a question of general importance. It was in the public interest to point out the dangerousness of a politician like Mr Haider who had proposed contemptible measures in an opinion poll against immigration (“*Österreich zuerst*” – “Austria first”). As a value judgment and not a statement of fact, its truth did not require proof. To require proof of a value judgment would itself be a violation of Article 10 of the Convention.

30. As regards the proportionality of the measure, the applicant submitted that it was immaterial that the decision emanated from civil rather than criminal proceedings, because in both cases it was prevented from repeating the statement in the future.

##### *(ii) The Government*

31. The Government contend that the interference was necessary in a democratic society in the interests of the aforementioned aims. The applicant’s statement went far beyond the limits of acceptable criticism, even taking into consideration the fact that the plaintiff as a politician had to show a greater degree of tolerance to criticism. The reproach of “racist agitation” was a particularly serious one as it amounted to a reproach of criminal behaviour, that is, having committed the offence of incitement to

hatred under Article 283 of the Austrian Criminal Code, and also fell within the ambit of the National Socialism Prohibition Act. Thus, there was a pressing social need to prevent the careless use of such grave allegations as much as possible while taking due account of the requirements of freedom of expression.

32. In the Government's view the impugned statement about "racist agitation" was a statement of fact and the applicant had an opportunity to prove its truth, but had failed to do so. That it is in principle possible to prove the truth of the reproach made by the applicant can also be seen from the fact that "racist agitation", if made in public, might constitute the offence of incitement to hatred under Article 283 of the Criminal Code and that, in criminal proceedings, the well-foundedness of such a charge by proving certain facts had to be established. To allege that it would be impossible to prove the truth of the reproach of "racist agitation" would lead to the unacceptable conclusion that convictions under Article 283 of the Criminal Code were arbitrary. However, even if the reproach of "racist agitation" expressed a value judgment, the interference was proportionate. In this respect the Government refer to *Wabl v. Austria* (no. 24773/94, 21 March 2000).

33. Lastly, the Government submitted that the injunction was not a disproportionate measure, considering that it was taken by a civil court and was not a criminal conviction, and that it was not formulated in broad terms but confined to particular statements which were clearly defined in the judgment.

**(b) The Court's assessment**

*(i) The relevant principles*

34. According to the Court's 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 each individual's self-fulfilment. Subject to paragraph 2 of Article 10, it is applicable not only to "information" or "ideas" that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb. Article 10 protects not only the substance of the ideas and information expressed but also the form in which they are conveyed. This freedom is subject to the exceptions set out in Article 10 § 2, which must however be construed strictly (see *Lehideux and Isorni v. France*, judgment of 23 September 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VII, p. 2886, § 52, and *Nilsen and Johnsen v. Norway* [GC], no. 23118/93, § 43, ECHR 1999-VIII).

35. 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. 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. 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. In so doing, the Court has to satisfy itself that the national authorities applied standards which were in conformity with the principles embodied in Article 10 and, moreover, that they based their decisions on an acceptable assessment of the relevant facts (see *Jerusalem v. Austria*, no. 26958/95, § 33, ECHR 2001-II, with further references).

36. The Court also reiterates that there is little scope under Article 10 § 2 of the Convention for restrictions on political speech or debates on questions of public interest (see *Sürek v. Turkey (no. 1)* [GC], no. 26682/95, § 61, ECHR 1999-IV). Moreover, the limits of acceptable criticism are wider with regard to a politician acting in his public capacity than in relation to a private individual, as the former inevitably and knowingly lays himself open to close scrutiny of his every word and deed by both journalists and the public at large, and he must display a greater degree of tolerance. A politician is certainly entitled to have his reputation protected, even when he is not acting in his private capacity, but the requirements of that protection have to be weighed against the interests of the open discussion of political issues (see *Lingens v. Austria*, judgment of 8 July 1986, Series A no. 103, p. 26, § 42, and *Oberschlick v. Austria (no. 1)*, judgment of 23 May 1991, Series A no. 204, p. 26, § 59).

37. The press plays an essential role in a democratic society. Although it must not overstep certain bounds, in particular in respect of the reputation and rights of others, its duty is nevertheless to impart – in a manner consistent with its obligations and responsibilities – information and ideas on all matters of public interest (see *De Haes and Gijssels v. Belgium*, judgment of 24 February 1997, *Reports* 1997-I, pp. 233-34, § 37). Not only does it have the task of imparting such information and ideas, the public also has a right to receive them. Were it otherwise, the press would be unable to play its vital role of “public watchdog” (see *Thorgeir Thorgeirson v. Iceland*, judgment of 25 June 1992, Series A no. 239, p. 28, § 63, and *Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway* [GC], no. 21980/93, § 62, ECHR 1999-III).

38. Article 10 protects not only the substance of the ideas and information expressed, but also the form in which they are conveyed



(see *Oberschlick (no. 1)*, cited above, p. 25, § 57). Journalistic freedom also covers possible recourse to a degree of exaggeration, or even provocation (see *Prager and Oberschlick v. Austria*, judgment of 26 April 1995, Series A no. 313, p. 19, § 38).

39. In its practice, the Court has distinguished between statements of fact and value judgments. While the existence of facts can be demonstrated, 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 (see *Lingens*, cited above, p. 28, § 46, and *Oberschlick*, cited above, p. 27, § 63).

40. However, 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 *Jerusalem*, cited above, § 43, with further references).

(ii) *Application of the aforementioned principles to the instant case*

41. The Court finds that the impugned statement should be seen in the political context in which it was made, namely as a reaction to an opinion poll “Austria first” initiated by Mr Haider and the Austrian Freedom Party, which took place between 25 January and 1 February 1993 against “immigration without control”. The applicant’s criticism of Mr Haider’s policy must be considered against this background.

42. The Government argued that the reproach of “racist agitation” was a particularly serious one, as it amounted to a reproach of criminal behaviour, and there was thus a pressing social need to prevent the careless use of such serious allegations.

43. The Court can accept this argument in principle as it has repeatedly attached particular importance to the duties and responsibilities of those who avail themselves of their right to freedom of expression, and in particular, of journalists (see *Jersild v. Denmark*, judgment of 23 September 1994, Series A no. 298, p. 23, § 31, and *Prager and Oberschlick*, cited above, p. 18, § 37). However, in the circumstances of the present case, the Court finds no indication of such deliberate carelessness on the part of the applicant. It rather appears that the applicant’s statement, which may certainly be considered polemical, did not on that account constitute a gratuitous personal attack as it was made in a particular political situation in which it contributed to a discussion on subject matters of general interest such as immigration, its control and the legal status of aliens in Austria. Thus, the impugned statement was part of the political discussion initially provoked by Mr Haider and other members of the FPÖ themselves by initiating the above-mentioned opinion poll on these issues.

44. As regards the qualification of the impugned statement by the Austrian courts, the Court observes that they did not accept the applicant's argument that the statement at issue was a value judgment, but considered it to be a statement of fact, the truth of which had to be proved.

45. The Government argue that the impugned statement about "racist agitation" was a statement of fact and, in order to avoid an injunction, the existence of these facts had to be proved. To demonstrate that such proof is possible, they refer to the offence of "incitement to hatred" under Article 283 of the Criminal Code, which also requires that in criminal proceedings the well-foundedness of that charge be proved.

46. However, the Court is not persuaded by this argument. The degree of precision for establishing the well-foundedness of a criminal charge by a competent court can hardly be compared to that which ought to be observed by a journalist when expressing his opinion on a matter of public concern, in particular when expressing his opinion in the form of a value judgment. In the Court's opinion, the applicant published what may be considered to have been fair comment on a matter of public interest, that is a value judgment, and the Court disagrees with the qualification of that statement by the Austrian courts. The Court would also point out that it has previously considered similar statements to be value judgments, the truth of which is not susceptible to proof (see *Lingens*, cited above, p. 28, § 46, or *Wabl*, cited above, § 36).

47. Such an opinion may, however, be excessive, in particular in the absence of any factual basis. However, in the light of the above considerations, that was not so in this instance (see *De Haes and Gijssels*, cited above, p. 236, § 47, and *Jerusalem*, cited above, § 43).

48. In sum, the Court cannot find that there were sufficient reasons to prevent the applicant from repeating the critical statement in question. The Court therefore finds that the Austrian courts overstepped the margin of appreciation afforded to Member States, and that the injunction against the applicant was disproportionate to the aim pursued.

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

## II. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

### 50. 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**

51. The applicant sought 106,128 Austrian schillings (ATS) (7,712.62 euros (EUR)), corresponding to the costs awarded to the opposing party by the Austrian courts. The Government did not comment on this claim.

52. Having regard to the direct link between this item and the violation of Article 10 found by the Court, the applicant is in principle entitled to compensation under this head. The Court observes, however, that only a part of the injunction against the applicant is at issue in the Convention proceedings (see paragraph 25 above), while the sums claimed by the applicant relate to the domestic proceedings in their entirety.

Thus, making an assessment on an equitable basis, the Court awards the applicant the sum of EUR 4,400.

**B. Costs and expenses**

53. The applicant claimed ATS 140,589 (EUR 10,217.22) for its costs and expenses incurred in Austria. The Government did not comment on this claim.

54. Although the applicant is in principle entitled to compensation under this head, the Court observes that this amount relates to the entire domestic proceedings while in the Convention proceedings only a part of the injunction is at issue (see paragraph 25 above).

Making an assessment on an equitable basis, the Court awards the applicant the sum of EUR 5,000.

55. For its costs and expenses before the Convention institutions, the applicant claimed ATS 76,665.60 (EUR 5,571.50). The Government did not comment on this claim.

56. The Court finds this claim reasonable and, consequently, awards the full amount.

**C. Interest payable pending the proceedings before the national courts and the Convention institutions**

57. The applicant claimed that interest at a rate of 4% per annum should be added to its claim for costs awarded to the opposing party and the costs incurred in the domestic proceedings from the date on which the judgment of the Supreme Court became final, that is, 2 May 1995.

58. The Court finds that some pecuniary loss must have been occasioned by reason of the period that elapsed from the time when the various costs were incurred until the Court's award (see, for example,

*Darby v. Sweden*, judgment of 23 October 1990, Series A no. 187, p. 14, § 38; *The Observer and The Guardian v. the United Kingdom*, judgment of 26 November 1991, Series A no. 216, p. 38, § 80 (d); and *Bladet Tromsø and Stensaas*, cited above, § 83). Deciding on an equitable basis and having regard to the statutory rate of interest in Austria, it awards the applicant EUR 1,850 under this head.

#### **D. Default interest**

59. 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*
  - (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) EUR 4,400 (four thousand four hundred euros) in respect of pecuniary damage;
    - (ii) EUR 10,571.50 (ten thousand five hundred and seventy-one euros fifty cents) in respect of costs and expenses;
    - (iii) EUR 1,850 (one thousand eight hundred and fifty euros) for additional interest;
  - (b) that simple interest at an annual rate of 4% shall be payable from the expiry of the above-mentioned three months until settlement;
3. *Dismisses* the remainder of the applicant's claim for just satisfaction.

Done in English, and notified in writing on 26 February 2002, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

S. DOLLÉ  
Registrar

J.-P. COSTA  
President

UNABHÄNGIGE INITIATIVE INFORMATIONSVIELFALT  
c. AUTRICHE  
(*Requête n° 28525/95*)

TROISIÈME SECTION<sup>1</sup>

ARRÊT DU 26 FÉVRIER 2002<sup>2</sup>

---

1. Dans sa composition antérieure au 1<sup>er</sup> novembre 2001.

2. Traduction; original anglais.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Injonction interdisant de réitérer des déclarations accusant un homme politique de «provocation raciste»****Article 10**

*Liberté d'expression – Injonction interdisant de réitérer des déclarations accusant un homme politique de «provocation raciste» – Protection de la réputation d'autrui – Protection des droits d'autrui – Nécessaire dans une société démocratique – Débat politique – Intérêt public – Devoirs et responsabilités des journalistes – Distinction entre faits et jugements de valeur – Marge d'appréciation*

\*  
\* \* \*

L'association requérante édite le périodique *TATblatt*. En 1992, elle publia un tract invitant les lecteurs de ce journal à envoyer au Parti libéral autrichien «des petits cadeaux en réponse à [sa] provocation raciste». Le tract mentionnait en particulier Jörg Haider, président du parti et, à l'époque, député, et donnait une liste d'adresses et de numéros de téléphone de membres du parti. M. Haider engagea une action en vue d'obtenir une injonction interdisant à la requérante de réitérer la déclaration. Le tribunal de commerce prononça l'injonction, estimant que la déclaration relative à la «provocation raciste» exprimait un fait et non un jugement de valeur. L'appel de la requérante fut rejeté et le pourvoi en cassation qu'elle forma fut déclaré irrecevable par la Cour suprême.

Article 10: l'ingérence était prévue par la loi et poursuivait le but légitime de la protection de la réputation et des droits d'autrui. Quant à sa nécessité, la déclaration litigieuse doit être considérée dans le cadre politique dans lequel elle a été formulée, c'est-à-dire en réaction à un sondage d'opinion effectué à l'initiative de M. Haider et du parti libéral autrichien et qui mettait en cause «l'immigration non contrôlée». L'argument du Gouvernement selon lequel l'allégation de «provocation raciste» était particulièrement grave, car elle revenait à reprocher un comportement criminel, peut en principe être accepté eu égard aux devoirs et responsabilités des journalistes. Toutefois, dans les circonstances de l'espèce, rien ne montre une négligence délibérée de la part de la requérante. Il apparaît plutôt que la déclaration de l'intéressée ne constituait pas une attaque personnelle gratuite, étant donné qu'elle a été formulée dans un contexte politique particulier, où elle a contribué au débat sur des questions d'intérêt général. Le Gouvernement soutient que les observations incriminées s'analysaient en une déclaration de fait et que la matérialité des faits en question pouvait donc être

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

prouvée, étant donné qu'il était possible d'apporter la preuve de l'« incitation à la haine » dans le cadre d'une procédure pénale. Toutefois, la Cour estime que le degré de précision requis pour établir le bien-fondé d'une accusation en matière pénale ne peut guère se comparer avec celui que doit respecter un journaliste exprimant son avis sur une question d'intérêt général, notamment sous la forme d'un jugement de valeur. La requérante a publié une déclaration pouvant passer pour un commentaire objectif sur une question d'intérêt général, c'est-à-dire un jugement de valeur, et la Cour ne souscrit pas à la manière dont les tribunaux autrichiens ont qualifié cette déclaration. Un tel avis peut cependant se révéler excessif, notamment en l'absence de toute base factuelle, ce qui toutefois ne se trouve pas vérifié en l'espèce. Dès lors, les juridictions autrichiennes ont excédé la marge d'appréciation.

*Conclusion* : violation (unanimité).

Article 41 : la Cour alloue des indemnités pour dommage matériel et frais et dépens.

### Jurisprudence citée par la Cour

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

*Darby c. Suède*, arrêt du 23 octobre 1990, série A n° 187

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

*Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, arrêt du 26 novembre 1991, série A n° 216

*Thorgeir Thorgeirson c. Islande*, arrêt du 25 juin 1992, série A n° 239

*Jersild c. Danemark*, arrêt du 23 septembre 1994, série A n° 298

*Prager et Oberschlick c. Autriche*, arrêt du 26 avril 1995, série A n° 313

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

*Lehideux et Isorni c. France*, arrêt du 23 septembre 1998, *Recueil* 1998-VII

*Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège* [GC], n° 21980/93, CEDH 1999-III

*Süreç c. Turquie (n° 1)* [GC], n° 26682/95, CEDH 1999-IV

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

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

*Jerusalem c. Autriche*, n° 26958/95, CEDH 2001-II



**En l'affaire Unabhängige Initiative Informationsvielfalt 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 12 septembre 2000 et  
30 janvier 2002,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 28525/95) dirigée contre la République d'Autriche et dont une association de droit autrichien, Unabhängige Initiative Informationsvielfalt (« la requérante »), avait saisi la Commission européenne des Droits de l'Homme (« la Commission ») le 21 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. La requérante était représentée devant la Cour par M<sup>c</sup> T. Prader, avocat au barreau de Vienne (Autriche). Le gouvernement autrichien (« le Gouvernement ») était représenté par son agent, M. H. Winkler, chef du département de droit international au ministère fédéral des Affaires étrangères.

3. La requérante alléguait que l'injonction lui interdisant de réitérer certaines déclarations qu'elle avait publiées dans un périodique avait emporté violation de son droit à la liberté d'expression garanti par l'article 10 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. Elle 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 12 septembre 2000, la chambre a déclaré la requête recevable<sup>1</sup>.

7. Le 1<sup>er</sup> novembre 2001, la Cour a modifié la composition de ses sections (article 25 § 1 du règlement). La présente requête a cependant continué à être examinée par la chambre de l'ancienne troisième section telle qu'elle existait avant cette date.

8. Tant la requérante 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

9. La requérante, une association enregistrée (*Verein*) à Vienne, édite le périodique *TATblatt*. Dans le numéro de *TATblatt* du 9 décembre 1992 parut un tract renfermant la déclaration suivante :

« *Querformat*, un (nouveau) journal mural contre la montée de la droite (...) »

« Le racisme a un nom et une adresse

Le FPÖ [Parti libéral autrichien] et ses permanents sont certainement curieux de connaître notre opinion! Alors téléphonons-leur pour leur dire ce que nous pensons d'eux et de leur politique. Ou bien envoyons-leur des petits cadeaux en réponse à leur provocation raciste.

Nous avons choisi quelques membres viennois du FPÖ, des bureaux du parti et, bien sûr, Jörg Haider pour contribuer à un échange d'opinions informel.

Ils apprécieront certainement vos appels téléphoniques, lettres et paquets: (...) »

Suivait une liste d'adresses et de numéros de téléphone de membres et de bureaux du Parti libéral autrichien (FPÖ).

10. Entre le 25 janvier et le 1<sup>er</sup> février 1993 fut effectué un sondage d'opinion (*Volksbegehren*) intitulé « L'Autriche d'abord » (« *Österreich zuerst* »), dont le FPÖ avait pris l'initiative quelques mois auparavant. Ce sondage abordait la question de l'immigration en douze propositions, dont certaines tendaient à amender la législation et d'autres à modifier les pratiques administratives. Il était notamment proposé de :

- modifier la Constitution fédérale en y insérant une disposition énonçant que l'Autriche n'était pas un pays d'immigration ;
- mettre un terme à l'immigration jusqu'à ce qu'une solution satisfaisante fût trouvée à l'immigration clandestine ;
- contraindre tous les travailleurs étrangers à se munir de leur carte d'identité sur le lieu de leur travail afin qu'ils puissent prouver qu'ils détenaient un permis de travail valable ;

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

- renforcer les forces de police et créer une police frontalière distincte ;
- limiter à 30 % le pourcentage des élèves dont la langue maternelle n'était pas l'allemand et, si ce pourcentage était plus élevé, créer des classes séparées pour les étrangers ;
- refuser le droit de vote aux étrangers ; et
- exiger l'expulsion immédiate et l'interdiction de séjour des délinquants étrangers.

11. Le 11 février 1993, M. Jörg Haider, président du FPÖ et, à l'époque, député, engagea une action civile contre la requérante devant le tribunal de commerce (*Handelsgericht*) de Vienne en vue d'obtenir une injonction en vertu de l'article 1330 du code civil (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*) autrichien. M. Haider demanda au tribunal d'interdire à la requérante de réitérer la déclaration l'accusant de « provocation raciste » (« *rassistische Hetze* ») ainsi que tous propos similaires. Il sollicita en outre du tribunal qu'il interdît à la requérante d'inviter des personnes à « envoy[er] des petits cadeaux en réponse à leur provocation raciste », et de publier les noms, numéros de téléphone et adresses des membres du parti politique du plaignant.

12. La requérante soutint qu'elle n'avait jamais cautionné le tract en question mais qu'elle l'avait simplement publié par intérêt journalistique et dans un but d'information. En outre, les termes « provocation raciste » n'énonçaient pas un fait, mais exprimaient un jugement de valeur et se voulaient un commentaire critique du sondage intitulé « L'Autriche d'abord » dont le plaignant avait pris l'initiative et qui mettait en cause « l'immigration non contrôlée ».

13. Le 14 avril 1994, le tribunal de commerce de Vienne prononça l'injonction, estimant que la déclaration litigieuse relative à la « provocation raciste » exprimait un fait et non un jugement de valeur. Une telle déclaration renfermait une accusation d'infraction, à savoir l'« incitation à la haine » (*Verhetzung*) réprimée par l'article 283 du code pénal (*Strafgesetzbuch*) ; non seulement elle nuisait à la réputation (*Rufschädigung*) du plaignant, mais elle s'analysait également en une injure (*Ehrenbeleidigung*). Pour éviter l'injonction, l'association requérante aurait donc dû prouver la véracité de sa déclaration. Or elle ne l'avait pas fait. Même en admettant que le plaignant fût, peu ou prou, un homme politique de droite, rien ne prouvait qu'il eût tenté d'inciter à la haine (*verhetzen*) contre les étrangers ou porté atteinte à leur dignité humaine.

14. Quant à l'invitation à « envoy[er] des petits cadeaux », le tribunal constata qu'une partie des lecteurs du journal de l'association requérante était préparée, pour des raisons politiques, à recourir à la violence et à des méthodes anarchistes. A cet égard, le tribunal releva que dans le numéro de *TATblatt* du 9 décembre 1992 était parue une lettre au rédacteur en chef qui se lisait ainsi :

« (...) Dans la nuit du 29 au 30 novembre, nous avons organisé notre première action contre le référendum Haider et cassé plusieurs fenêtres au siège du FPÖ à Salzbourg. Ce n'était qu'un début. (...) »

15. D'après une autre lettre au rédacteur en chef publiée dans le numéro de *TATblatt* du 20 janvier 1993, un bureau du FPÖ à Vienne avait été « visité » et on avait bombé sur les murs le slogan « le racisme pue », cassé des vitres et répandu de l'acide butyrique dans le bureau. Le tribunal de commerce cita ensuite d'autres lettres de ce type qui étaient parues dans divers numéros de *TATblatt*. Compte tenu de ces éléments, il estima que l'invitation à « envoy[er] des petits cadeaux » constituait une atteinte aux droits de la personne (*Persönlichkeitsrechte*) du plaignant, qui devaient être respectés. Par conséquent, le tribunal prononça l'injonction à cet égard également.

16. Le 29 août 1994, la requérante fit appel de l'injonction.

17. Le 26 janvier 1995, la cour d'appel (*Oberlandesgericht*) de Vienne la débouta. Elle confirma le point de vue du tribunal de commerce, estimant que la déclaration qui accusait le plaignant de « provocation raciste » était un fait dont la requérante n'avait pas apporté la preuve. A ce propos, la cour d'appel constata :

« Cependant – comme nous l'avons déjà expliqué en abordant le grief relatif aux faits –, étant donné que le sens de l'expression « provocation raciste » pouvait être établi d'après l'usage général, et que la défenderesse n'a formulé aucune allégation concrète démontrant que le plaignant avait fait preuve d'un comportement correspondant à ce que l'on entend généralement par « racisme » et « provocation », le tribunal de première instance n'a pas commis d'erreur de droit en concluant que la défenderesse n'était pas en mesure de prouver la véracité de ses allégations. (...) »

18. Quant à l'argument de la requérante selon lequel cette déclaration relevait de son droit à la liberté d'expression, la cour d'appel estima qu'il fallait mettre en balance les intérêts de la requérante et ceux du plaignant. Toutefois, les propos litigieux ne pouvaient se justifier par la liberté d'expression car ils dépassaient les limites de la critique admissible en accusant le plaignant d'une infraction pénale. En outre, la déclaration incriminée était fautive et n'était donc pas protégée par l'article 10 de la Convention. La cour d'appel confirma la décision du tribunal de commerce quant aux deux déclarations.

19. Le 13 mars 1995, la requérante forma un pourvoi en cassation (*außerordentliche Revision*) contre l'arrêt de la cour d'appel pour autant qu'il concernait l'interdiction de réitérer la déclaration accusant le plaignant de « provocation raciste ».

20. Le 6 avril 1995, la Cour suprême (*Oberster Gerichtshof*) déclara le pourvoi irrecevable, estimant qu'il était conforme à sa jurisprudence antérieure de qualifier les propos litigieux de déclaration de fait.

## II. LE DROIT INTERNE PERTINENT

21. L'article 1330 du code civil (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*) autrichien 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 (...)»

## EN DROIT

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

22. Invoquant l'article 10 de la Convention, la requérante allègue que l'injonction émise par les juridictions autrichiennes, pour autant que celles-ci lui ordonnaient de ne pas réitérer la déclaration accusant le plaignant dans la procédure en question de « provocation raciste », a emporté violation de son droit à la liberté d'expression.

23. Le passage pertinent de l'article 10 de la Convention se lit ainsi :

« 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 sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, (...) à la protection de la réputation ou des droits d'autrui (...)»

#### A. Sur l'objet du litige et l'existence d'une ingérence

24. La Cour constate d'emblée que l'injonction adressée à la requérante portait, d'une part, sur l'invitation à « envoy[er] des petits cadeaux » et, d'autre part, sur la déclaration accusant le plaignant dans la procédure en question de « provocation raciste ».

25. La requérante ne se plaint pas de la première partie de l'injonction, à savoir l'interdiction de réitérer son invitation à « envoy[er] des petits cadeaux » et ne l'a d'ailleurs pas mise en cause dans le cadre de la procédure interne devant la Cour suprême. La Cour estime que cette partie du tract se distingue de la critique adressée à M. Haider pour « provocation raciste » et qu'elle peut être examinée séparément. Dès

lors, elle se bornera à examiner en l'espèce si la seconde partie de l'injonction constitue une ingérence justifiée dans l'exercice par la requérante de sa liberté d'expression.

26. Quant à cette partie de l'injonction, la Cour estime qu'il y a eu ingérence dans l'exercice par la requérante de ses droits garantis par l'article 10; les parties ne le contestent pas.

## **B. Justification de l'ingérence**

27. Pareille ingérence méconnaît l'article 10 de la Convention sauf si, «prévue par la loi», elle poursuit un ou des buts légitimes au regard du paragraphe 2 et, de surcroît, est «nécessaire dans une société démocratique» pour les atteindre.

### *1. «Prévue par la loi» et but légitime*

28. La Cour constate qu'il ne prête pas à controverse entre les parties 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 de la Convention. La Cour souscrit à cette appréciation.

### *2. «Nécessaire dans une société démocratique»*

#### **a) Arguments des parties**

##### *i. La requérante*

29. La requérante soutient que l'injonction prononcée par les juridictions autrichiennes n'était pas nécessaire dans une société démocratique. En particulier, ces dernières ont considéré à tort les propos incriminés comme une déclaration de fait, alors qu'il s'agissait d'un jugement de valeur politique critiquant le plaignant et contribuant au débat politique sur une question d'importance générale. Il y avait un intérêt public à souligner le danger que représentait un homme politique comme M. Haider, qui avait proposé des mesures méprisables dans un sondage d'opinion contre l'immigration («L'Autriche d'abord» («*Österreich zuerst*»)). Étant donné que ces propos constituaient un jugement de valeur et non une déclaration de fait, leur véracité n'avait pas à être prouvée. Exiger la preuve d'un jugement de valeur serait en soi contraire à l'article 10 de la Convention.

30. Quant à la proportionnalité de la mesure, la requérante affirme qu'il importe peu que la décision ait été prise dans le cadre d'une action civile et non d'une procédure pénale, puisque, quoi qu'il en soit, il lui a été interdit de réitérer la déclaration.

*ii. Le Gouvernement*

31. Le Gouvernement soutient que l'ingérence était nécessaire dans une société démocratique à la poursuite des buts susmentionnés. La déclaration de la requérante a dépassé de beaucoup les limites de la critique admissible, même si l'on considère que le plaignant, en tant qu'homme politique, devait faire preuve d'une plus grande tolérance à l'égard de la critique. L'allégation de «provocation raciste» était particulièrement grave car elle revenait à reprocher un comportement criminel à l'intéressé, c'est-à-dire d'avoir perpétré l'infraction d'incitation à la haine, réprimée par l'article 283 du code pénal autrichien, et tombait sous le coup de la loi relative à l'interdiction du national-socialisme. Dès lors, il existait un besoin social impérieux d'empêcher, dans la mesure du possible, la formulation inconsidérée d'allégations aussi graves, tout en tenant dûment compte des exigences de la liberté d'expression.

32. De l'avis du Gouvernement, les propos litigieux relatifs à la «provocation raciste» constituaient une déclaration de fait. La requérante avait la faculté d'en prouver l'exactitude, mais y a manqué. La possibilité, en principe, de prouver la véracité du reproche adressé par la requérante est démontrée par ceci que la «provocation raciste», si elle a lieu en public, peut constituer l'infraction d'incitation à la haine réprimée par l'article 283 du code pénal et que, dans le cadre d'une procédure pénale, certains faits doivent être établis pour qu'une telle accusation soit jugée fondée. Prétendre qu'il est impossible de démontrer la véracité du reproche de «provocation raciste» amènerait à la conclusion inacceptable que les condamnations prononcées en vertu de l'article 283 du code pénal sont arbitraires. Toutefois, même si le reproche de «provocation raciste» exprime un jugement de valeur, l'ingérence était proportionnée. A cet égard, le Gouvernement renvoie à l'affaire *Wabl c. Autriche* (n° 24773/94, 21 mars 2000).

33. Enfin, le Gouvernement soutient que l'injonction n'était pas disproportionnée, étant donné qu'elle émanait d'une juridiction civile et ne constituait pas une condamnation pénale; de plus, elle n'était pas rédigée en termes larges mais était limitée à des déclarations particulières, clairement définies dans la décision.

**b) Appréciation de la Cour**

*i. Les principes pertinents*

34. D'après la jurisprudence 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. Cette liberté est soumise aux exceptions énoncées au paragraphe 2 de l'article 10, qu'il convient toutefois d'interpréter strictement (arrêts *Lehideux et Isorni c. France*, 23 septembre 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VII, p. 2886, § 52, et *Nilsen et Johnsen c. Norvège* [GC], n° 23118/93, § 43, CEDH 1999-VIII).

35. 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. 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 et 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. La Cour n'a point pour tâche, lorsqu'elle exerce cette fonction, de se substituer aux autorités nationales: il s'agit pour elle de contrôler, sous l'angle de l'article 10 et à la lumière de l'ensemble de l'affaire, les décisions rendues par celles-ci en vertu de leur pouvoir d'appréciation. Ce faisant, la Cour doit se convaincre que les autorités nationales ont appliqué des règles conformes aux principes consacrés par l'article 10 et ce, de surcroît, en se fondant sur une appréciation acceptable des faits pertinents (*Jerusalem c. Autriche*, n° 26958/95, § 33, CEDH 2001-II, avec d'autres références).

36. La Cour rappelle en outre que l'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou de questions d'intérêt général (*Sürek c. Turquie (n° 1)* [GC], n° 26682/95, § 61, CEDH 1999-IV). De surcroît, 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. Un homme politique a certes droit à voir protéger sa réputation, même en dehors du cadre de sa vie privée, mais les impératifs de cette protection doivent être mis en balance avec les intérêts de la libre discussion des questions politiques (arrêts *Lingens c. Autriche*, 8 juillet 1986, série A n° 103, p. 26, § 42, et *Oberschlick c. Autriche (n° 1)*, 23 mai 1991, série A n° 204, p. 26, § 59).

37. La presse tient un rôle essentiel dans une société démocratique: si elle ne doit pas franchir certaines limites, notamment quant à la réputation et aux droits d'autrui, il lui incombe néanmoins de communiquer, dans le respect de ses devoirs et de ses responsabilités, des informations et des idées sur toutes les questions d'intérêt général (*De Haes et Gijssels c. Belgique*, arrêt du 24 février 1997, *Recueil* 1997-I, pp. 233-234, § 37). A sa fonction qui



consiste à en diffuser s'ajoute le droit, pour le public, d'en recevoir. S'il en allait autrement, la presse ne pourrait pas jouer son rôle indispensable de « chien de garde » (arrêts *Thorgeir Thorgeirson c. Islande*, 25 juin 1992, série A n° 239, p. 28, § 63, et *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège* [GC], n° 21980/93, § 62, CEDH 1999-III).

38. Outre la substance des idées et informations exprimées, l'article 10 protège leur mode de diffusion (*Oberschlick*, précité, p. 25, § 57). La liberté journalistique comprend aussi le recours possible à une certaine dose d'exagération, voire de provocation (*Prager et Oberschlick c. Autriche*, arrêt du 26 avril 1995, série A n° 313, p. 19, § 38).

39. Dans sa pratique, la Cour distingue entre faits et jugements de valeur. Si la matérialité des premiers 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 impossible à remplir et porte atteinte à la liberté d'opinion elle-même, élément fondamental du droit garanti par l'article 10 de la Convention (*Lingens*, précité, p. 28, § 46, et *Oberschlick*, précité, p. 27, § 63).

40. Toutefois, 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 les propos incriminés puisque même un jugement de valeur totalement dépourvu de base factuelle peut se révéler excessif (*Jerusalem*, précité, § 43, avec d'autres références).

ii. *Application des principes susmentionnés à l'espèce*

41. La Cour estime que la déclaration litigieuse doit être considérée dans le cadre politique dans lequel elle a été formulée, c'est-à-dire en réaction au sondage d'opinion intitulé « L'Autriche d'abord », qui avait été effectué entre le 25 janvier et le 1<sup>er</sup> février 1993 à l'initiative de M. Haider et du Parti libéral autrichien, et qui mettait en cause « l'immigration non contrôlée ». La critique de la requérante à l'égard de la politique de M. Haider doit être examinée dans ce contexte.

42. Le Gouvernement soutient que l'allégation de provocation raciste était particulièrement grave, car elle revenait à reprocher un comportement criminel; il existait donc un besoin social impérieux d'empêcher la formulation inconsidérée d'accusations aussi graves.

43. La Cour peut en principe souscrire à cette thèse car elle attache toujours une importance particulière aux devoirs et responsabilités de ceux qui usent de leur droit à la liberté d'expression, notamment ceux des journalistes (arrêts *Jersild c. Danemark*, 23 septembre 1994, série A n° 298, p. 23, § 31, et *Prager et Oberschlick*, précité, p. 18, § 37). Toutefois, dans les circonstances de l'espèce, elle estime que rien ne montre une négligence délibérée de la part de la requérante. Il apparaît plutôt que la déclaration de l'intéressée, qui peut assurément être considérée comme

polémique, ne constituait pas pour autant une attaque personnelle gratuite, étant donné qu'elle a été formulée dans un contexte politique particulier, où elle a contribué au débat sur des questions d'intérêt général telles que l'immigration, son contrôle et le statut juridique des étrangers en Autriche. La déclaration incriminée s'inscrivait donc dans le cadre du débat politique que M. Haider et d'autres membres du FPÖ avaient eux-mêmes provoqué en prenant l'initiative du sondage d'opinion susmentionné sur ces questions.

44. Quant à la qualification des propos litigieux par les juridictions autrichiennes, la Cour constate que celles-ci n'ont pas accepté l'argument de la requérante selon lequel ils constituaient un jugement de valeur, mais ont estimé qu'ils équivalaient à une déclaration de fait, dont la véracité devait être prouvée.

45. Le Gouvernement soutient que les observations incriminées relatives à la « provocation raciste » s'analysaient en une déclaration de fait; afin d'éviter l'injonction, la matérialité de ces faits devait être prouvée. Pour démontrer qu'il est possible d'apporter une telle preuve, le Gouvernement se réfère à l'infraction d'« incitation à la haine » réprimée par l'article 283 du code pénal, qui requiert par ailleurs que, dans le cadre d'une procédure pénale, le bien-fondé d'une telle accusation soit établi.

46. Toutefois, cet argument ne convainc pas la Cour. Le degré de précision requis pour établir le bien-fondé d'une accusation en matière pénale par un tribunal compétent ne peut guère se comparer avec celui qui doit respecter un journaliste exprimant son avis sur une question d'intérêt général, notamment sous la forme d'un jugement de valeur. La Cour estime que la requérante a publié une déclaration pouvant passer pour un commentaire objectif sur une question d'intérêt général, c'est-à-dire un jugement de valeur; elle ne souscrit pas à la manière dont les tribunaux autrichiens ont qualifié cette déclaration. Elle souligne également qu'elle a considéré précédemment que des déclarations analogues constituaient des jugements de valeur, qui ne se prêtaient pas à une démonstration de leur exactitude (*Lingens*, précité, p. 28, § 46, et *Wabl*, précité, § 36).

47. Un tel avis peut cependant se révéler excessif, notamment en l'absence de toute base factuelle, ce qui toutefois, à la lumière de ce qui précède, ne se trouve pas vérifié en l'espèce (*De Haes et Gijssels*, précité, p. 236, § 47, et *Jerusalem*, précité, § 43).

48. En résumé, la Cour estime qu'il n'existait pas de raisons suffisantes pour empêcher la requérante de réitérer la déclaration critique en question. Dès lors, elle conclut que les juridictions autrichiennes ont excédé la marge d'appréciation laissée aux États membres, et que l'injonction adressée à la requérante était disproportionnée au but poursuivi.

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

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

### 50. 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

51. La requérante réclame la somme de 106 128 schillings autrichiens (ATS) (7 712,62 euros (EUR)) correspondant aux frais que les juridictions autrichiennes lui ont ordonné de payer à la partie adverse. Le Gouvernement ne formule aucune observation à cet égard.

52. Eu égard au lien direct entre le versement que l'intéressée a dû opérer et la violation de l'article 10 constatée par la Cour, la requérante a en principe droit à un dédommagement de ce chef. Toutefois, la Cour observe que seule une partie de l'injonction adressée à la requérante est en cause dans le cadre de la procédure au titre de la Convention (paragraphe 25 ci-dessus), alors que la somme réclamée par l'intéressée porte sur la procédure interne dans son ensemble.

Dès lors, statuant en équité, la Cour octroie 4 400 EUR à la requérante.

### B. Frais et dépens

53. La requérante sollicite 140 589 ATS (10 217,22 EUR) pour les frais et dépens assumés en Autriche. Le Gouvernement ne formule aucune observation quant à cette demande.

54. Bien que la requérante ait en principe droit à un dédommagement de ce chef, la Cour relève que cette somme a trait à la procédure interne dans son ensemble, alors que seule une partie de l'injonction est en cause dans le cadre de la procédure devant les organes de la Convention (paragraphe 25 ci-dessus).

Statuant en équité, la Cour alloue à la requérante la somme de 5 000 EUR.

55. Quant aux frais et dépens exposés devant les organes de la Convention, la requérante réclame 76 665,60 ATS (5 571,50 EUR). Le Gouvernement ne formule aucune observation à cet égard.

56. La Cour juge cette demande raisonnable et, par conséquent, octroie l'intégralité de la somme sollicitée.

### C. Intérêts ayant couru pendant la procédure devant les juridictions nationales et les organes de la Convention

57. La requérante soutient qu'il convient d'appliquer, à partir du 2 mai 1995, date à laquelle l'arrêt de la Cour suprême est devenu définitif, un taux d'intérêt de 4 % l'an aux sommes réclamées par elle au titre des frais qu'elle a été tenue de payer à la partie adverse et des frais exposés dans le cadre de la procédure interne.

58. La Cour estime que la requérante n'a pas manqué de subir une perte financière en raison des intervalles qui se sont écoulés entre le moment où elle a exposé ses différents frais et la décision de la Cour (voir, par exemple, arrêts *Darby c. Suède*, 23 octobre 1990, série A n° 187, p. 14, § 38, *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, 26 novembre 1991, série A n° 216, p. 38, § 80 d), et *Bladet Tromsø et Stensaas*, précité, § 83). Statuant en équité et compte tenu du taux d'intérêt légal applicable en Autriche, elle alloue à l'intéressée 1 850 EUR de ce chef.

### D. Intérêts moratoires

59. 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*
  - 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. 4 400 EUR (quatre mille quatre cents euros) pour préjudice matériel,
    - ii. 10 571,50 EUR (dix mille cinq cent soixante et onze euros et cinquante centimes) pour frais et dépens,
    - iii. 1 850 EUR (mille huit cent cinquante euros) à titre d'intérêts;
  - 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;
3. *Rejette* la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 26 février 2002, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

S. DOLLÉ  
Greffière

J.-P. COSTA  
Président

FRETTÉ c. FRANCE  
(Requête n° 36515/97)

TROISIÈME SECTION<sup>1</sup>

ARRÊT DU 26 FÉVRIER 2002<sup>2</sup>

---

1. Dans sa composition antérieure au 1<sup>er</sup> novembre 2001.  
2. Texte français original.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Agrément en vue d'une adoption refusé à un célibataire homosexuel en raison de ses « choix de vie »****Absence de convocation à l'audience du Conseil d'Etat d'un demandeur non représenté n'ayant pu prendre connaissance des conclusions de la commissaire du Gouvernement****Article 14 combiné avec l'article 8**

*Discrimination – Agrément en vue d'une adoption refusé à un célibataire homosexuel en raison de ses « choix de vie » – Applicabilité de l'article 14 – Droit d'adopter – Vie privée – Orientation sexuelle – Différence de traitement – Protection de la santé et des droits des enfants – Absence de communauté de vues entre les Etats membres – Etendue de la marge d'appréciation des Etats – Intérêts de l'enfant – Justification objective et raisonnable*

**Article 6 § 1**

*Procès équitable – Procédure administrative – Absence de convocation à l'audience du Conseil d'Etat d'un demandeur non représenté n'ayant pu prendre connaissance des conclusions de la commissaire du Gouvernement – Procédure sans représentation par avocat – Principe du contradictoire – Egalité des armes – Obligation des Etats d'assurer la jouissance effective des droits garantis*

\*  
\*   \*   \*

Le requérant fit une demande d'agrément préalable en vue d'adopter un enfant. Il fut débouté de son recours gracieux contre la décision de rejet, au motif que ses « choix de vie » (célibataire homosexuel) ne semblaient pas de nature à présenter les garanties suffisantes pour accueillir un enfant. Le tribunal administratif annula les décisions, estimant que les dispositions législatives applicables avaient été inexactement appréciées. L'administration interjeta appel contre ce jugement devant le Conseil d'Etat. La commissaire du Gouvernement conclut que l'administration était fondée à demander l'annulation du jugement. Le Conseil d'Etat annula le jugement et, statuant sur le fond, rejeta la demande d'agrément. Il décida notamment que le requérant, « eu égard à ses conditions de vie et malgré les qualités humaines et éducatives certaines », ne présentait pas des garanties suffisantes sur les plans familial, éducatif et psychologique pour accueillir un enfant adopté. Le requérant, qui n'avait pas constitué avocat comme l'y autorisait le droit interne, ne fut pas convoqué à l'audience devant le Conseil d'Etat et n'y fut pas présent.

1. Article 14 combiné avec l'article 8: la Convention ne garantit pas, en tant que tel, un droit d'adopter. En l'espèce, le rejet de la demande d'agrément préalable en vue

---

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

d'une adoption par le requérant ne porte pas atteinte en soi à son droit au libre développement et épanouissement de sa personnalité ni à la manière dont il mène sa vie, notamment sa vie sexuelle. Toutefois, le droit national autorise une personne célibataire à déposer une demande d'adoption sous réserve de l'obtention de l'agrément et, en motivant le rejet de la demande du requérant par son « choix de vie », les autorités nationales ont implicitement mais certainement appliqué un critère renvoyant de manière déterminante à son homosexualité. Il y a donc eu une différence de traitement dans le droit garanti au requérant par le droit interne, sur le fondement déterminant de son orientation sexuelle, notion qui se trouve être couverte par l'article 14. Partant, l'article 14, combiné avec l'article 8, trouve à s'appliquer. Les décisions de rejet de la demande d'agrément poursuivaient un but légitime : protéger la santé et les droits des enfants susceptibles d'être adoptés. Quant à l'existence de la justification d'un traitement différencié, il faut relever l'absence de dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats contractants dans ce domaine, de sorte que les Etats disposent d'une large marge d'appréciation pour se prononcer. Sont ici en cause les intérêts concurrents du requérant et des enfants pouvant être adoptés. C'est à l'Etat de veiller à ce que les personnes choisies comme adoptantes soient celles qui puissent offrir à l'enfant, sur tous les plans, les conditions d'accueil les plus favorables, sous réserve d'un contrôle par la Cour de la conformité de ses décisions avec l'article 14. Dans les circonstances de l'espèce, les autorités nationales ont pu légitimement et raisonnablement considérer que le droit de pouvoir adopter dont le requérant se prévalait trouvait sa limite dans la nécessité de protéger les intérêts supérieurs des enfants susceptibles d'être adoptés. La justification avancée pour refuser l'agrément paraît objective et raisonnable et il n'y a donc pas eu discrimination au sens de la Convention.

*Conclusion* : non-violation (quatre voix contre trois).

2. Article 6 § 1 : le requérant, qui n'avait pas constitué avocat comme l'autorisait expressément le droit interne, n'était pas présent à l'audience du Conseil d'Etat, faute d'y avoir été convoqué selon ses explications. On ne pouvait exiger du requérant qu'il se rendît régulièrement au greffe du Conseil d'Etat afin de vérifier si son affaire figurait sur les panneaux affichant les séances. En outre, pareille exigence n'aurait pas été compatible avec la « diligence » que les Etats contractants doivent déployer pour assurer la jouissance effective des droits garantis par l'article 6. De la sorte, le requérant n'a pas pu prendre connaissance des conclusions de la commissaire du Gouvernement, du fait de l'absence de convocation. N'étant pas représenté par un avocat, il n'a pas non plus pu obtenir, avant l'audience, le sens général de ces conclusions. Cela l'a privé de la possibilité de déposer une note en délibéré pour y répliquer. Ainsi, le requérant n'a pas bénéficié d'un examen équitable de sa cause dans le cadre d'un procès contradictoire.

*Conclusion* : violation (unanimité).

Article 41 : la Cour alloue au requérant une somme au titre des frais et dépens.

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

*X c. Belgique et Pays-Bas*, n° 6482/74, décision de la Commission du 10 juillet 1975, Décisions et rapports 7

*Syndicat national de la police belge c. Belgique*, arrêt du 27 octobre 1975, série A n° 19



*Schmidt et Dahlström c. Suède*, arrêt du 6 février 1976, série A n° 21  
*Engel et autres c. Pays-Bas*, arrêt du 8 juin 1976, série A n° 22  
*Marckx c. Belgique*, arrêt du 13 juin 1979, série A n° 31  
*Rasmussen c. Danemark*, arrêt du 28 novembre 1984, série A n° 87  
*Colozza c. Italie*, arrêt du 12 février 1985, série A n° 89  
*Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 mai 1985, série A n° 94  
*Johnston et autres c. Irlande*, arrêt du 18 décembre 1986, série A n° 112  
*Inze c. Autriche*, arrêt du 28 octobre 1987, série A n° 126  
*Scuderi c. Italie*, arrêt du 24 août 1993, série A n° 265-A  
*Karlheinz Schmidt c. Allemagne*, arrêt du 18 juillet 1994, série A n° 291-B  
*Johansen c. Norvège*, arrêt du 7 août 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III  
*Manoussakis et autres c. Grèce*, arrêt du 26 septembre 1996, *Recueil* 1996-IV  
*Vacher c. France*, arrêt du 17 décembre 1996, *Recueil* 1996-VI  
*Nideröst-Huber c. Suisse*, arrêt du 18 février 1997, *Recueil* 1997-1  
*Van Raalle c. Pays-Bas*, arrêt du 21 février 1997, *Recueil* 1997-1  
*Van Orshoven c. Belgique*, arrêt du 25 juin 1997, *Recueil* 1997-III  
*Di Lazzaro c. Italie*, n° 31924/96, décision de la Commission du 10 juillet 1997, Décisions et rapports 90-A  
*Petrovic c. Autriche*, arrêt du 27 mars 1998, *Recueil* 1998-II  
*J. J. c. Pays-Bas*, arrêt du 27 mars 1998, *Recueil* 1998-II  
*K.D.B. c. Pays-Bas*, arrêt du 27 mars 1998, *Recueil* 1998-II  
*Nikolova c. Bulgarie* [GC], n° 31195/96, CEDH 1999-II  
*E.P. c. Italie*, n° 31127/96, 16 novembre 1999  
*Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, n° 33290/96, CEDH 1999-IX  
*Thlimmenos c. Grèce* [GC], n° 34369/97, CEDH 2000-IV  
*Coëme et autres c. Belgique*, n° 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96, CEDH 2000-VII  
*Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France* [GC], n° 27417/95, CEDH 2000-VII  
*Kress c. France* [GC], n° 39594/98, CEDH 2001-VI



**En l'affaire Fretté 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,

P. KÜRIS,

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

M. K. JUNGWIERT,

Sir Nicolas BRATZA,

M. K. TRAJA, *juges*,

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

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 2 octobre 2001 et  
30 janvier 2002,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 36515/97) dirigée contre la République française et dont un ressortissant de cet Etat, M. Philippe Fretté («le requérant»), avait saisi la Commission européenne des Droits de l'Homme («la Commission») le 1<sup>er</sup> avril 1997 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 alléguait en particulier que la décision rejetant sa demande d'agrément en vue d'une adoption s'analyse en une ingérence arbitraire dans sa vie privée et familiale, au sens de l'article 8 de la Convention, et qu'elle se fonderait exclusivement sur un *a priori* défavorable envers son orientation sexuelle. Il se plaignait également de ne pas avoir été convoqué à l'audience devant le Conseil d'Etat et de ne pas avoir eu accès aux conclusions de la commissaire du Gouvernement avant l'audience, en méconnaissance des articles 6 et 13 de la Convention.

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 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.

5. Par une décision du 12 juin 2001, la chambre a déclaré la requête partiellement recevable<sup>1</sup>.

---

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

6. Une audience s'est déroulée en public au Palais des Droits de l'Homme, à Strasbourg, le 2 octobre 2001 (article 59 § 2 du règlement).

Ont comparu :

- *pour le gouvernement français* (« le Gouvernement »)
  - M. R. ABRAHAM, directeur des affaires juridiques,  
ministère des Affaires étrangères, *agent*,
  - M<sup>mes</sup> L. DELAHAYE, magistrat détaché à la sous-direction  
des droits de l'homme, direction des affaires  
juridiques du ministère des Affaires étrangères,
  - H. DAVO, magistrat au bureau des droits de l'homme,  
service des affaires européennes  
et internationales, ministère de la Justice,
  - A. OUI, attachée principale d'administration  
à la direction générale de l'action sociale,  
ministère de l'Emploi et de la Solidarité, *conseils* ;
- *pour le requérant*
  - MM. R. WINTEMUTE, *Reader in Law*, King's College,  
University of London, *représentant agréé*,
  - T. FORMOND, doctorant en droit privé,  
université de Paris X (Nanterre),
  - S. GARNERI, doctorant en droit public,  
université d'Aix-en-Provence, *conseillers*.

7. La Cour a entendu en leurs déclarations M. Wintemute et M. Abraham.

8. Le 1<sup>er</sup> novembre 2001, la Cour a modifié la composition de ses sections (article 25 § 1 du règlement). La présente requête a cependant continué à être examinée par la chambre de l'ancienne troisième section telle qu'elle existait avant cette date.

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

9. En octobre 1991, le requérant fit une demande d'agrément préalable en vue d'adopter un enfant. Une enquête sociale fut ouverte par la direction de l'action sociale, de l'enfance et de la santé du département de Paris. Le 18 décembre 1991, le requérant eut un premier entretien avec une psychologue de cet organisme au cours duquel il dévoila son homosexualité. Il expose qu'à cette occasion il fut invité fermement à ne pas poursuivre la procédure.

10. Par une décision du 3 mai 1993, le requérant se vit refuser le bénéfice de l'agrément de la direction de l'action sociale. La décision se fondait sur « l'absence de référence maternelle constante » offerte par le requérant et sur les « difficultés [de celui-ci] à projeter dans le concret les bouleversements occasionnés par l'arrivée d'un enfant ». Cette décision avait été prise sur la base de différentes enquêtes qui débouchèrent notamment sur un rapport social du 2 mars 1993 où l'on pouvait en particulier lire ce qui suit :

« (...) Monsieur FRETTE nous apparaît comme un homme sensible, réfléchi, attentif aux autres. Il aborde avec beaucoup d'honnêteté et de simplicité sa vie affective et son homosexualité. Il nous parle de plusieurs liaisons qui ont marqué sa vie en particulier celle qu'il a eue avec un ami aujourd'hui décédé. Il est d'ailleurs le subrogé tuteur du fils de ce dernier. (...)

Sa tournure d'esprit humaniste et altruiste le fait s'intéresser aux problèmes du tiers-monde. Il parraine deux enfants tibétains dont un bébé.

Il est capable de parler avec bon sens et intelligence du garçon dont il est le tuteur. Il n'a pas la responsabilité personnelle de ce jeune garçon, confié à sa grand-mère, mais est très présent dans son éducation. Ses principes éducatifs sont réfléchis et empreints de tolérance.

Monsieur FRETTE songe à l'adoption depuis 1985. Il a conscience que son homosexualité peut être un obstacle à l'obtention de l'agrément, compte tenu des valeurs sociales les plus répandues.

Pour lui son choix de vie affective et sexuelle n'a pas d'interférence avec son désir d'élever un enfant. Sa démarche est un acte personnel et non un acte militant.

Depuis 1985, il a rencontré beaucoup d'hommes homosexuels ayant des enfants.

Il a même envisagé d'avoir un enfant avec une amie. Ce projet n'a pas abouti par manque de maturité de part et d'autre. Cette amie reste toutefois très intéressée par le projet d'adoption de Monsieur FRETTE s'engageant même à représenter pour l'enfant une image féminine.

Monsieur FRETTE souhaite adopter un enfant par désir de transmettre affection et éducation. Ce qui est primordial pour lui, c'est d'aimer et de s'occuper d'un enfant, l'adoption n'étant pour lui qu'un acte social et juridique.

Monsieur FRETTE reçoit le soutien de son entourage amical. Il semble que les membres de sa famille soient ou non informés ou réticents devant son projet.

Bien que son désir d'enfant soit réel, Monsieur rencontre des difficultés à projeter dans le concret les bouleversements occasionnés par l'arrivée d'un enfant. Par exemple, il a pris conscience, lors de notre visite à domicile, de l'inadaptation de son logement à l'accueil d'un enfant. Il a alors envisagé la possibilité d'en changer.

Questionné sur la manière dont il envisage son rôle social de père célibataire, il dit ne pas avoir de réponse. Il se dit capable de gérer au quotidien la vie d'un enfant et pense qu'il trouvera en temps voulu les réponses aux questions que l'enfant se posera au fur et à mesure de son évolution concernant son homosexualité et l'absence de mère adoptive.

Monsieur est tout à fait conscient de l'importance de révéler à l'enfant ses origines. Il est tolérant à l'égard des femmes qui sont amenées à abandonner leur enfant. Il se

refuse à avoir une idée précise sur les caractéristiques de l'enfant qu'il souhaiterait adopter.

Toutefois, il pense à un bébé, le plus jeune possible et envisage de s'orienter vers la Corée ou le Vietnam.

Monsieur FRETTE possède des qualités humaines et éducatives certaines. Un enfant serait probablement heureux avec lui. Ses particularités, homme célibataire homosexuel, permettent-elles de lui confier un enfant?»

11. Le recours gracieux que le requérant forma le 21 mai 1993 fut rejeté par une décision du 15 octobre 1993 dans laquelle il était notamment indiqué que les «choix de vie» du requérant ne semblaient pas de nature à présenter les garanties suffisantes quant aux conditions d'accueil d'un enfant sur les plans familial, éducatif et psychologique.

12. Le même jour, le requérant déposa un recours en excès de pouvoir devant le tribunal administratif, demandant l'annulation des décisions rejetant sa demande d'agrément.

13. Par un jugement du 25 janvier 1995, le tribunal administratif de Paris annula les décisions lui refusant l'agrément. Il s'exprima essentiellement comme suit :

« (...) pour refuser à M. FRETTE le bénéfice de l'agrément en vue de l'adoption d'un enfant, l'administration s'est d'abord fondée sur «l'absence de référence maternelle constante» offerte par M. FRETTE, et sur les «difficultés de celui-ci à projeter dans le concret les bouleversements occasionnés par l'arrivée d'un enfant»; que le premier de ces motifs est une périphrase par laquelle l'administration n'a pu qu'entendre se prévaloir du célibat de M. FRETTE, qui pouvait être légalement invoqué à l'appui de la décision attaquée, mais aux termes des dispositions de l'article 9 alinéa 2 du décret du 23 août 1985, ne saurait légalement en constituer l'unique motivation; que par ailleurs aucun élément du dossier n'établit le bien-fondé du second motif ci-dessus rappelé, qui apparaît au contraire erroné au regard des indications fournies par les rapports établis par les assistantes sociales;

que la décision du 15 octobre 1993 par laquelle le directeur de l'Action sociale, de l'enfance et de la santé a rejeté le recours gracieux de M. FRETTE et confirmé la décision initiale sus-analysée est, quant à elle, motivée par «les choix de vie» de M. FRETTE, que par cette motivation euphémistique, l'administration a entendu évoquer l'homosexualité de M. FRETTE; qu'ainsi qu'elle l'admet elle-même dans son mémoire en défense, cet aspect de la personnalité de M. FRETTE ne pouvait justifier un refus d'agrément que s'il s'accompagnait d'un comportement préjudiciable à l'éducation d'un enfant;

que le rapport social établi par M<sup>me</sup> S. et M<sup>me</sup> D. attribue à M. FRETTE des «qualités humaines et éducatives certaines» et conclut «qu'un enfant serait probablement heureux avec lui», et s'interroge exclusivement sur la compatibilité d'un projet d'adoption avec des «particularités» constituées par le fait d'être «un homme célibataire homosexuel»; que l'enquête sociale effectuée par l'adjoint au vice-consul de France à Londres relève les qualités pédagogiques de M. FRETTE, manifestées tant dans sa vie privée que dans son activité professionnelle; que le docteur D., médecin psychiatre ne décèle «aucun obstacle d'ordre psychologique» s'opposant au projet de M. FRETTE, que si M<sup>me</sup> O., psychologue, émet un avis défavorable, elle ne fournit

aucun motif à cette position alors qu'elle relève par ailleurs « les qualités affectives, éducatives de M. FRETTE et sa compréhension profonde des problèmes concernant l'adoption »;

qu'alors même que les rapports sociaux produits comportent des indications, notamment en ce qui concerne la famille de M. FRETTE, qui, inutiles à la formation de l'appréciation de l'administration sur la décision à prendre, méconnaissent le droit au respect de la vie privée, aucune pièce versée au dossier ne permet d'établir ni même n'autorise à alléguer que le mode de vie de M. FRETTE traduirait un manque de rigueur morale, une instabilité affective, la possibilité de le voir détourner l'adoption de ses fins, ou tout autre comportement de nature à faire considérer son projet comme dangereux pour tout enfant adopté;

ainsi les auteurs des décisions attaquées ont fait en l'espèce une inexacte appréciation des dispositions précitées; que M. FRETTE est fondé à demander l'annulation des décisions susvisées du 3 mai 1993 et du 15 octobre 1993; (...)

14. Le département de Paris interjeta appel de ce jugement devant le Conseil d'Etat.

15. La commissaire du Gouvernement, M<sup>me</sup> C. Maugüe, fut entendue en ses conclusions à l'audience du 16 septembre 1996. Elle conclut que le département de Paris était fondé à demander l'annulation du jugement attaqué. Elle s'exprima notamment comme suit :

« Le dossier pose donc la question suivante: en dépit des qualités humaines et intellectuelles incontestables de M.F., l'administration a-t-elle pu à bon droit estimer qu'il ne présentait pas de garanties suffisantes pour l'accueil d'un enfant en raison de ses choix de vie ?

Compte tenu des éléments du dossier, cette interrogation revêt le rang d'une question de principe. En effet, il n'est pas possible de régler cette affaire par une décision d'espèce car nous n'avons pas de doute, au vu des pièces qui figurent au dossier, sur le fait que M.F. possède à bien des égards de réelles aptitudes pour l'éducation d'un enfant. Le seul élément qui a conduit l'administration à refuser l'agrément est le fait que M.F. est homosexuel et qu'elle a estimé que de ce fait il ne présentait pas des garanties suffisantes quant aux conditions d'accueil d'un enfant sur les plans familial, éducatif et psychologique. Mais il ne ressort en aucune façon du dossier que M.F. ait une vie dissolue et aucun élément précis de nature à faire craindre pour l'intérêt de l'enfant n'est évoqué. Admettre la légalité du refus d'agrément dans le cas présent revient à condamner implicitement mais nécessairement à l'échec toute demande d'agrément en vue de l'adoption émanant d'un homosexuel (...)

Il est certain que plusieurs éléments plaident dans le sens de l'erreur d'appréciation du département de Paris.

En premier lieu, et c'est certainement l'argument le plus fort, depuis la grande réforme du droit de l'adoption réalisée par la loi du 11 juillet 1966, le législateur reconnaît l'aptitude à l'adoption plénière des personnes seules, hommes ou femmes. (...)

Décider (...) par voie prétorienne qu'un célibataire homosexuel ne présente pas de garanties suffisantes au plan psychologique et familial pour adopter un enfant revient à introduire une discrimination non voulue expressément par le législateur entre les candidats à l'adoption en fonction de leurs choix de vie privée.

Or, et c'est un second argument dans le sens de la solution du tribunal administratif, le droit de toute personne à mener la vie sexuelle de son choix ne saurait bien sûr être contesté. Il s'agit là d'une composante fondamentale du droit au respect de la vie privée, garanti notamment par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 9 du Code civil. Sur le plan interne, l'homosexualité ne souffre plus d'aucune discrimination (...)

En troisième lieu l'examen de la jurisprudence judiciaire relative à l'attribution de la garde des enfants de couples divorcés ou à l'exercice de l'autorité parentale montre qu'en ce domaine, le juge judiciaire fait essentiellement preuve de pragmatisme et cherche à éviter les écueils de prises de position trop tranchées. C'est ainsi qu'il n'hésite pas le cas échéant, en fonction des situations concrètes, à reconnaître un droit de visite au parent homosexuel, voire à lui confier la garde de l'enfant ou l'exercice de l'autorité parentale. Ainsi compte tenu des perturbations existant au foyer de la mère, de la preuve non apportée d'un danger physique au foyer du père, de ce que ce dernier vit en couple stable avec un autre homme et de ce que l'enfant s'épanouit chez son père, c'est ce dernier qui bénéficie de la garde (CA Pau, 25 avril 1991, n° 91-40734). En revanche un père ayant des « relations homosexuelles immorales et incompatibles avec l'exercice de l'autorité parentale » ne peut exercer celle-ci (CA Rennes, 27 septembre 1989, n° 89-48660). De même un arrêt qui retient que du fait des mœurs homosexuelles du père, il serait particulièrement dangereux pour la santé morale et physique des enfants d'aller passer des vacances avec lui, a constaté des motifs graves justifiant le refus de ce droit (Cass. civ. I, 13 janvier 1988, n° 86-17784). Plus récemment, la Cour de cassation a reconnu au donneur, homosexuel, le bénéfice de l'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant né par insémination d'une mère elle-même engagée dans une autre relation homosexuelle (Cass. civ. I, 9 mars 1994, M<sup>me</sup> L. c/ M.L.; D.1995.197 note E. Monteiro; D.1995 Somm.131, obs. D. Bourgault-Coudeyville). Le juge ne tire donc pas de la circonstance de l'homosexualité une présomption d'incapacité de la personne concernée à exercer ses droits parentaux : le débat se porte essentiellement sur l'intérêt de l'enfant et sur les risques que cette circonstance peut faire courir à la santé mentale de ce dernier.

Enfin l'agrément n'est qu'une décision administrative qui intervient en amont du processus d'adoption. (...)

2.2 Nous sommes pourtant d'avis que le département de Paris n'a pas commis d'erreur d'appréciation en estimant que M.F. ne remplissait pas toutes les garanties nécessaires. Plusieurs considérations nous ont conduits à cette conclusion.

En premier lieu, le droit de toute personne à avoir la vie sexuelle de son choix ne doit pas être confondu avec un hypothétique droit à l'enfant. (...)

En deuxième lieu le rapprochement avec la jurisprudence sur la garde des enfants ou l'exercice de l'autorité parentale rencontre des limites évidentes. Les exemples cités ne se rapportent en effet qu'au sort d'un lien de parenté déjà constitué ou correspondant à une filiation réelle. Or une chose est de maintenir un lien de parenté entre un enfant et son père et sa mère qui se séparent ou veulent établir leur lien à son égard, une autre est de permettre l'établissement d'un lien familial *ex nihilo* entre un enfant et un adulte (...)

En troisième lieu la question de savoir si un enfant ne risque pas d'être psychiquement perturbé d'avoir un lien avec un adulte qui ne peut lui offrir de référence à un père et une mère différenciée, c'est-à-dire à un modèle d'altérité sexuelle, est très difficile et divise les psychiatres et les psychanalystes. Or l'enfant adopté a d'autant plus besoin d'avoir un environnement familial stable et épanouissant qu'il a été privé de sa famille d'origine et a



déjà un passé douloureux : il importe donc tout particulièrement qu'il ne trouve pas une difficulté supplémentaire dans son milieu d'adoption. (...)

Il n'existe donc pas de consensus sur la réponse à apporter à cette question. Ou si consensus il y a, il est plutôt dans la prise de conscience que les droits de l'enfant tracent la limite du droit à l'enfant et que l'intérêt de l'enfant ne s'accommode pas de toutes les évolutions actuelles. Notre conviction est que dans ces conditions, s'agissant d'une question aussi délicate et dont les implications sont davantage éthiques et sociologiques que juridiques, c'est au législateur de prendre position sur ce qui constitue un choix de société : le juge, quant à lui, n'a pas à précéder mais à accompagner l'évolution de l'opinion publique.

Or, et c'est notre quatrième argument, la question de l'adoption par un ou des homosexuels ne saurait être considérée comme ayant été réglée par le législateur. (...)

En cinquième lieu le rôle de l'agrément dans la procédure d'adoption ne doit pas être minimisé. Sans doute ne s'agit-il que d'une étape dans le processus d'adoption, mais cette étape est décisive puisqu'elle conditionne la possibilité de poursuivre la procédure. (...)

Ajoutons, pour en terminer avec l'agrément, que nous avons conscience que la solution que nous vous proposons présente une faiblesse, celle de paraître inciter les candidats à l'adoption à la dissimulation s'ils ont le sentiment que leur choix de vie privée constitue un obstacle dirimant pour la délivrance de l'agrément. Toutefois cette faiblesse ne nous paraît pas insurmontable, pour deux raisons. D'une part, la question ne se posera pas fréquemment car encore une fois, l'insuffisance du nombre d'enfants adoptables par rapport aux demandes incite les services d'aide sociale à l'enfance à écarter généralement les demandes émanant de candidats célibataires. D'autre part les enquêtes menées pour l'obtention de l'agrément sont précisément destinées à permettre de s'assurer que le candidat à l'adoption offre des conditions satisfaisantes d'accueil, ce qui conduit nécessairement les experts à des investigations sur sa vie privée. Bien que le caractère inquisitorial de ces enquêtes ait parfois été dénoncé (voir par exemple J. Rubellin-Devichi, RFDA 1992, p. 904 et s.), elles présentent l'avantage de garantir que l'agrément sera délivré en toute connaissance de cause.

Enfin, et c'est notre dernier argument, si vous éprouviez un dernier scrupule à trancher, à travers l'examen de la légalité d'un refus d'agrément, une question qui est plus normalement du ressort du juge judiciaire en sa qualité de juge de l'état des personnes, ce scrupule pourrait être en partie apaisé par le fait que la position que vous allez prendre ne fera pas complètement obstacle à ce que le juge judiciaire autorise quand même dans certains cas l'adoption d'un enfant par une personne homosexuelle, s'il l'estime compatible avec l'intérêt de l'enfant. A l'occasion de la récente loi sur l'adoption, le législateur a en effet inséré dans le code civil un article 353-1, dont le deuxième alinéa dispose que si l'agrément a été refusé ou n'a pas été délivré dans le délai légal, le tribunal peut prononcer l'adoption s'il estime que les requérants sont aptes à recueillir l'enfant et que celui-ci est conforme à son intérêt. (...)

Il résulte de ce qui précède que le département de Paris est fondé à soutenir que c'est à tort que par le jugement attaqué, le TA de Paris a annulé les deux décisions attaquées.»

16. Par un arrêt du 9 octobre 1996, le Conseil d'Etat annula le jugement et, statuant sur le fond, rejeta la demande d'agrément du requérant. Il décida notamment ce qui suit :

«Considérant que, par décision du 3 mai 1993, confirmée sur recours gracieux par une nouvelle décision en date du 15 octobre 1993, le président du Conseil de Paris (...) a rejeté la demande d'agrément aux fins d'adoption de M. Fretté au motif que si les choix de vie de l'intéressé devaient être respectés, les conditions d'accueil qu'il serait susceptible d'apporter à un enfant pouvaient présenter des risques importants pour l'épanouissement de cet enfant ; qu'il ressort des pièces du dossier, et notamment des éléments recueillis au cours de l'instruction de la demande de M. Fretté, que celui-ci, eu égard à ses conditions de vie et malgré les qualités humaines et éducatives certaines, ne présentait pas des garanties suffisantes sur les plans familial, éducatif et psychologique pour accueillir un enfant adopté ; qu'ainsi, c'est à tort que pour annuler les décisions contestées, le tribunal administratif de Paris s'est fondé sur ce que, en refusant par le motif sus-indiqué l'agrément sollicité par M. Fretté, le président du Conseil de Paris aurait fait une inexacte application desdites dispositions ;

Considérant, toutefois, qu'il appartient au Conseil d'Etat, saisi de l'ensemble du litige par l'effet dévolutif de l'appel, d'examiner les autres moyens soulevés par M. Fretté devant le tribunal administratif de Paris ; (...) Considérant que la motivation des décisions contestées satisfait aux exigences de la loi (...)

## II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

### A. Règles et informations relatives à la procédure d'adoption

17. Les dispositions pertinentes du code civil se lisent comme suit :

#### Article 343

«L'adoption peut être demandée par deux époux non séparés de corps, mariés depuis plus de deux ans ou âgés l'un et l'autre de plus de vingt-huit ans.»

#### Article 343-1

«L'adoption peut être aussi demandée par toute personne âgée de plus de vingt-huit ans» (trente ans au moment des faits de l'espèce, c'est-à-dire avant l'adoption de la loi n° 96-604 du 5 juillet 1996).

18. Le code de la famille et de l'aide sociale régit l'admission à la qualité de pupilles de l'Etat et les conditions de leur adoption. La procédure d'agrément y est ainsi décrite :

#### Article 63

«(...) Les pupilles de l'Etat peuvent être adoptés soit par les personnes à qui le service avait confié leur garde lorsque les liens affectifs qui se sont établis entre eux justifient cette mesure, soit par des personnes agréées à cet effet, dans des conditions fixées par décret, par le responsable du service de l'aide sociale à l'enfance (...)»

#### Article 100-3

«Les personnes qui souhaitent accueillir en vue de son adoption, un enfant étranger doivent demander l'agrément prévu à l'article 63 du présent code.»

19. C'est un décret n° 85-938 du 23 août 1985 qui a fixé les modalités d'instruction des demandes d'agrément des personnes qui souhaitent adopter un pupille de l'État, selon les dispositions suivantes :

**Article premier**

« Toute personne qui souhaite obtenir l'agrément prévu au deuxième alinéa de l'article 63 du Code de la famille et de l'aide sociale doit en faire la demande au responsable du service de l'aide sociale à l'enfance de son département de résidence. »

**Article 4**

« Pour l'instruction de la demande, le responsable du service de l'aide sociale à l'enfance fait procéder à toutes les investigations permettant d'apprécier les conditions d'accueil que le demandeur est susceptible d'offrir à des enfants sur les plans familial, éducatif et psychologique (...) »

**Article 9**

« Tout refus d'agrément doit être motivé dans les conditions fixées à l'article 3 de la loi du 11 juillet 1979 susvisée. Il ne peut être motivé par la seule constatation de l'âge ou de la situation matrimoniale du demandeur ou de la présence d'enfants à son foyer. »

**Article 11**

« La décision du responsable du service de l'aide sociale à l'enfance est valable trois ans. La demande d'agrément peut être renouvelée à l'expiration de ce délai. Elle est instruite dans les mêmes conditions. (...) »

20. Selon les données rassemblées par les autorités françaises, il y a eu en 1999 à peu près 11 500 demandes d'agrément. Environ 8 000 demandes ont été examinées au cours de cette année et, comme habituellement, une moyenne de 10 % ont été rejetées. Il y avait à cette époque plus ou moins 2 000 pupilles de l'État en attente d'adoption. Au cours de l'année 1999, les autorités compétentes ont approximativement délivré 4 000 visas à des enfants étrangers, à la suite de leur adoption par des personnes résidant en France.

**B. La convocation à l'audience dans la procédure devant le Conseil d'État**

21. A l'époque des faits de l'espèce, l'article 55 du décret du 30 juillet 1963 relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'État prévoyait que les avocats soient avisés, quatre jours au moins avant la séance, que les affaires pour lesquelles ils sont inscrits figurent au rôle et que les questions posées par les rapports leur soient communiquées. L'obligation d'information ne valait donc que pour les avocats.

22. En effet, pour ce qui est des particuliers, un arrêt du Conseil d'État du 16 mars 1966 (Paisnel, Rec. p. 216) a précisé que :

«Aucune disposition ne prescrit que les requérants doivent recevoir [l'avis de la date à laquelle l'affaire vient à l'audience]; qu'il leur appartient, s'ils n'ont pas constitué avocat, de demander à être informés de la date de mise au rôle de leur affaire, ou de consulter les panneaux apposés à cet effet auprès du greffe de la section du contentieux.

Cette règle, qui ne prévoit la convocation automatique des parties à l'audience que pour autant qu'elles ont constitué avocat, est à rapprocher de celle, posée à l'article 67 de l'ordonnance du 31 juillet 1945, aux termes de laquelle seuls les avocats aux conseils, c'est-à-dire habilités à plaider devant le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, peuvent prendre la parole à l'audience.»

23. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2001, toute partie devant le Conseil d'Etat est automatiquement informée de la date d'audience. Comme par le passé, les rôles sont en outre affichés au secrétariat de la section du contentieux et donc accessibles au public.

24. A l'audience, l'intervention du commissaire du Gouvernement se situe après la clôture des débats et les parties au litige ne peuvent donc pas prendre la parole après lui (*Kress c. France* [GC], n° 39594/98, § 48, CEDH 2001-VI). Elles ont toutefois, même si elles ne sont pas représentées par un avocat, la possibilité, consacrée par la pratique, de faire parvenir à l'organe de jugement une «note en délibéré» pour compléter leurs observations orales ou répondre aux conclusions du commissaire du Gouvernement. Cette note en délibéré est lue par le rapporteur avant qu'il ne lise le projet d'arrêt, et que ne s'ouvre la discussion.

25. Aux termes de l'article 45 de l'ordonnance de 1945, les recours qui sont dispensés du ministère d'un avocat sont, notamment, les recours en excès de pouvoir contre les actes des diverses autorités administratives.

## EN DROIT

### I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DES ARTICLES 8 ET 14 DE LA CONVENTION

26. Relevant que le rejet de sa demande d'agrément est implicitement fondé sur sa seule orientation sexuelle, le requérant soutient que cette décision, prise dans un ordre juridique qui autorise l'adoption d'un enfant par un seul parent adoptif célibataire, revient à exclure de façon absolue toute possibilité d'adoption pour une catégorie de personnes définies par leur orientation sexuelle, à savoir les personnes homosexuelles ou bisexuelles, sans prendre d'aucune façon en considération leurs qualités humaines et éducatives individuelles.

Se référant à la manière de procéder suivie par la Cour dans l'affaire *Salgueiro* (*Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, n° 33290/96, CEDH 1999-IX), il estime approprié de se placer sur le terrain de l'article 14 de la Convention. Il se prétend victime d'une discrimination fondée sur son orientation sexuelle, contraire à cette disposition combinée avec l'article 8.

Il lui paraît inutile, au vu du constat auquel on doit aboutir à cet égard, de statuer sur une possible violation de l'article 8 pris isolément.

Les parties pertinentes des dispositions en cause sont ainsi libellées :

#### Article 14

«La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe (...)»

#### Article 8

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

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire (...) à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.»

### A. Applicabilité de l'article 14 combiné avec l'article 8

27. D'après la jurisprudence constante de la Cour, l'article 14 de la Convention complète les autres clauses normatives de la Convention et de ses Protocoles. Il n'a pas d'existence indépendante, puisqu'il vaut uniquement pour «la jouissance des droits et libertés» qu'elles garantissent. Certes, il peut entrer en jeu même sans un manquement à leurs exigences et, dans cette mesure, il possède une portée autonome, mais il ne saurait trouver à s'appliquer si les faits du litige ne tombent pas sous l'emprise de l'une au moins des dispositions de la Convention (voir, parmi beaucoup d'autres, les arrêts *Petrovic c. Autriche*, 27 mars 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-II, p. 585, § 22, et *Van Raalte c. Pays-Bas*, 21 février 1997, *Recueil* 1997-I, p. 184, § 33).

28. S'il reconnaît que le droit au respect de la vie privée et familiale ne comprend pas le droit de tout célibataire d'adopter un enfant, le requérant soutient que le refus d'agrément a violé son droit au respect de la vie privée sans discrimination fondée sur son orientation sexuelle. Il considère, en effet, que l'examen des décisions rendues par les autorités françaises amène à la conclusion que le refus d'agrément a été motivé par sa seule orientation sexuelle. Selon lui, le seul moyen d'écarter cette conclusion serait de démontrer que ce refus se fonde sur un autre motif et que celui-ci aurait été appliqué de la même manière à une personne célibataire, hétérosexuelle ou homosexuelle (mais dont l'homosexualité serait restée secrète), présentant les mêmes qualités humaines et éducatives que celles qui lui ont été reconnues. Or un tel motif n'existe pas. Si la décision du 3 mai 1993 a fait état de ses difficultés à «projeter dans le concret les bouleversements occasionnés par l'arrivée d'un enfant» et de «l'absence de référence maternelle constante», il faut constater que ces motifs n'ont

pas été repris ultérieurement. En outre, le tribunal administratif a estimé qu'aucun élément du dossier n'établissait le bien-fondé de la première raison et a interprété la seconde comme «une périphrase (...) qui ne saurait légalement constituer l'unique motivation». Quant au motif de l'intérêt de l'enfant sur lequel se fonde le Gouvernement, il faut souligner qu'aucun enfant spécifique n'est identifié dans la procédure d'agrément et qu'il vise donc tous les enfants au monde qui pourraient avoir besoin de parent(s) adoptif(s). Or l'exclure de l'adoption tout célibataire homosexuel en se fondant sur l'intérêt de tout enfant pouvant avoir besoin de parents adoptifs démontre que la différence de traitement est fondée sur l'orientation sexuelle.

Rappelant que l'orientation sexuelle est «un aspect des plus intimes de la vie privée» (*Smith et Grady c. Royaume-Uni*, n<sup>os</sup> 33985/96 et 33986/96, CEDH 1999-VI), le requérant fait valoir que presque toute différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle constitue une ingérence dans la vie privée d'un homosexuel, puisqu'elle lui impose de choisir entre nier son orientation sexuelle ou se faire pénaliser, contrairement à toute autre personne. Or l'abandon de toute possibilité d'adopter un enfant qui vient, du fait des décisions rendues par les autorités françaises à propos de sa demande d'agrément, accompagner la révélation de l'homosexualité d'un demandeur est particulièrement grave. On ne respecte guère la vie privée d'un individu en l'obligeant à renoncer à une possibilité de devenir parent, ouverte en France à tout célibataire hétérosexuel, si cet individu veut rester fidèle à son orientation sexuelle. L'ensemble des circonstances dont le requérant se plaint tombe donc sous l'empire de l'article 8 (voir, *mutatis mutandis*, *Thlimmenos c. Grèce* [GC], n<sup>o</sup> 34369/97, CEDH 2000-IV). Le requérant ajoute subsidiairement que l'adoption, une vie familiale projetée, peut relever de l'article 8 de la Convention dans le cadre d'un examen au titre de l'article 14.

29. D'après le Gouvernement, au contraire, le litige ne relève pas du champ d'application de la Convention. En effet, l'article 8 de la Convention ne garantit pas les aspirations, non encore concrétisées, à développer une vie familiale. Le refus d'accorder à une personne l'agrément administratif préalable à une éventuelle adoption ne constitue pas une décision qui interfère dans la sphère de la vie privée de cette personne et ne tombe donc pas dans le champ d'application de l'article 8. Si le respect de la vie privée doit aussi englober «dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables» (*Niemietz c. Allemagne*, arrêt du 16 décembre 1992, série A n<sup>o</sup> 251-B, pp. 33-34, § 29), le droit d'adopter ne figure pas en tant que tel au nombre des droits garantis par la Convention (*Di Lazzaro c. Italie*, n<sup>o</sup> 31924/96, décision de la Commission du 10 juillet 1997, Décisions et rapports (DR) 90-A, p. 134).

De l'avis du Gouvernement, le requérant entretient une confusion entre les motifs du refus d'agrément, fondés selon lui sur son orientation sexuelle, et l'objet même de la décision de refus qui ne porte en soi aucune atteinte à sa vie privée. Sur ce dernier point, le Gouvernement relève que ce qui est en jeu dans la présente affaire, ce n'est pas une éventuelle remise en cause d'une situation existante, comme c'était le cas pour les requêtes citées par le requérant, mais une demande concernant sa vie future, de sorte qu'il ne peut se prévaloir d'aucun droit auquel il aurait été porté atteinte. Ce que revendique le requérant, ce n'est pas la reconnaissance – et la protection – d'un droit entrant dans la sphère de sa vie privée, mais la reconnaissance d'une simple potentialité, une virtualité de paternité adoptive.

Quant aux motifs du refus d'agrément, le Gouvernement constate que ni la décision du 3 mai 1993, qui ne vise que l'absence de référence maternelle constante et les difficultés pour le requérant d'évaluer au quotidien les conséquences d'une adoption, ni celle du 15 octobre 1993, qui ne fait référence qu'à ses « choix de vie », ne comportent la moindre indication selon laquelle elles auraient été prises sur la seule base de son orientation sexuelle. Il en va de même du jugement du tribunal administratif et de l'arrêt du Conseil d'Etat, même si ces deux décisions divergent sur la solution adoptée. S'il n'est pas douteux que l'expression « choix de vie » englobe l'orientation sexuelle, elle ne vise pas exclusivement cette seule circonstance, mais également d'autres éléments laissant à penser que le requérant n'était pas prêt à accueillir un enfant dans de bonnes conditions sur les plans familial, éducatif et psychologique.

Le Gouvernement en déduit que l'article 8 ne trouve pas à s'appliquer ici. Il n'y a dès lors pas d'atteinte à l'article 14, qui n'a pas d'existence autonome.

30. En l'espèce, il appartient donc à la Cour de rechercher si les faits du litige se situent dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention et, partant, de l'article 14.

31. La Cour a affirmé à maintes reprises que l'article 14 de la Convention entre en jeu dès lors que « la matière sur laquelle porte le désavantage (...) compte parmi les modalités d'exercice d'un droit garanti » (*Syndicat national de la police belge c. Belgique*, arrêt du 27 octobre 1975, série A n° 19, p. 20, § 45), ou que les mesures critiquées « se rattache[nt] (...) à l'exercice d'un droit garanti » (*Schmidt et Dahlström c. Suède*, arrêt du 6 février 1976, série A n° 21, p. 17, § 39). Pour que l'article 14 trouve à s'appliquer, il suffit que les faits du litige tombent sous l'empire de l'une au moins des dispositions de la Convention (arrêts *Thlimmenos*, précité, et *Inze c. Autriche*, 28 octobre 1987, série A n° 126, p. 17, § 36).

32. La Cour rappelle que la Convention ne garantit pas, en tant que tel, un droit d'adopter (*Di Lazzaro*, décision de la Commission précitée; *X c. Belgique et Pays-Bas*, n° 6482/74, décision de la Commission du

10 juillet 1975, DR 7, p. 75). Par ailleurs, le droit au respect d'une vie familiale présuppose l'existence d'une famille et ne protège pas le simple désir de fonder une famille (arrêts *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, série A n° 31, pp. 14-15, § 31, et *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, série A n° 94, p. 32, § 62). En l'espèce, le rejet de la demande d'agrément du requérant ne saurait en soi être considéré comme portant atteinte au droit du requérant au libre développement et épanouissement de sa personnalité ou à la manière dont il mène sa vie, en particulier sa vie sexuelle.

Toutefois, le droit interne français (article 343-1 du code civil) autorise toute personne célibataire – homme ou femme – à faire une demande d'adoption, sous réserve de l'obtention de l'agrément pour l'adoption de pupilles de l'Etat et d'enfants étrangers, et le requérant affirme que les autorités françaises ont rejeté sa demande en se fondant implicitement sur sa seule orientation sexuelle. Si cette affirmation est avérée, il faudra en conclure qu'il y a eu une différence de traitement reposant sur l'orientation sexuelle du requérant, notion qui est couverte, à n'en pas douter, par l'article 14 de la Convention (*Salgueiro da Silva Mouta* précité, § 28). La Cour rappelle d'ailleurs à cet égard que la liste que renferme cette disposition revêt un caractère indicatif, et non limitatif, dont témoigne l'adverbe « notamment » (en anglais « *any ground such as* ») (*Engel et autres c. Pays-Bas*, arrêt du 8 juin 1976, série A n° 22, pp. 30-31, § 72).

La Cour doit donc déterminer si, comme le soutient le requérant, son homosexualité déclarée a revêtu un caractère décisif. La Cour convient que les autorités administratives et judiciaires françaises ont motivé leur refus par le « choix de vie » du requérant, sans jamais expressément mentionner son homosexualité. Au vu du dossier, il faut toutefois constater qu'implicitement mais certainement, ce critère renvoyait de manière déterminante à son homosexualité. Cette conclusion est renforcée par les considérations développées par le tribunal administratif de Paris dans son jugement du 25 janvier 1995 et par la commissaire du Gouvernement dans les conclusions déposées devant le Conseil d'Etat. Le droit garanti au requérant par l'article 343-1 du code civil, qui tombe sous l'empire de l'article 8 de la Convention, est dès lors atteint sur le fondement déterminant de son orientation sexuelle.

33. Partant, l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 8, trouve à s'appliquer.

## **B. Observation de l'article 14 combiné avec l'article 8**

34. Selon la jurisprudence de la Cour, une distinction est discriminatoire au sens de l'article 14 si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but



légitime ou s'il n'y a pas de « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (voir notamment les arrêts *Karlheinz Schmidt c. Allemagne*, 18 juillet 1994, série A n° 291-B, pp. 32-33, § 24, et *Van Raalte* précité, p. 186, § 39). La Cour rappelle à ce propos que la Convention est un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions actuelles (voir notamment l'arrêt *Johnston et autres c. Irlande* du 18 décembre 1986, série A n° 112, pp. 24-25, § 53).

35. D'après le requérant, la différence de traitement ne saurait reposer sur une justification objective et raisonnable. Rappelant que, lorsque l'orientation sexuelle est en jeu, il faut des raisons particulièrement solides et convaincantes (arrêts *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni*, n°s 31417/96 et 32377/96, 27 septembre 1999, *Smith et Grady*, et *Salgueiro da Silva Mouta* précités), il fait valoir que rien ne peut raisonnablement justifier l'exclusion absolue d'adopter dont il a fait l'objet. Si le Gouvernement fait état de l'intérêt de l'enfant, il faut remarquer qu'en l'espèce il ne s'agit pas de l'intérêt d'un enfant spécifique, mais de l'intérêt de tous les enfants au monde qui pourraient avoir besoin de parents adoptifs. La présomption irréfragable qu'aucun homosexuel ne présente des garanties suffisantes pour accueillir un enfant à adopter qui découlerait de cet intérêt reflète en réalité un préjugé social et une peur irrationnelle : qu'un enfant élevé par un homosexuel aura un « risque plus élevé de devenir lui-même homosexuel ou de développer des problèmes psychologiques ». De plus, il souffrira de toute manière des préjugés homophobes que les tiers auront envers son parent adoptif. Le préjugé social nie la commune humanité entre hétérosexuels et homosexuels – qui ont les mêmes émotions et capacités – en supposant que ces derniers seraient des parents moins aimants ou attentifs. Les nombreuses études scientifiques démontrent le caractère irrationnel de cette présomption sans toutefois établir les hypothétiques « incertitudes qui pèseraient sur l'épanouissement d'un enfant », s'il était adopté par un homosexuel, incertitudes sur lesquelles repose l'argument du Gouvernement.

Si le requérant reconnaît qu'un enfant dans cette situation peut souffrir à court terme d'une stigmatisation, cela ne crée pas un risque plus élevé de problèmes à long terme et les enfants apprennent à s'en défendre, au besoin avec l'aide d'un parent, d'un proche ou d'un enseignant. Accepter que les préjugés de tiers puissent justifier l'exclusion de l'adoption donnerait un droit de veto aux tiers qui usent de ces préjugés. Cet argument ne saurait donc être considéré comme une justification suffisante, comme la Cour l'a estimé dans l'arrêt *Smith et Grady* précité et comme la Cour suprême des Etats-Unis l'a décidé en 1984 dans l'affaire *Palmore c. Sidoti*. L'intérêt des enfants susceptibles d'être adoptés commande, au contraire, qu'aucune catégorie de parents adoptifs ne soit exclue pour des raisons qui n'ont rien à voir avec leurs qualités humaines et éducatives.

Le requérant remet également en cause la conception qu'il y a plus de parents adoptifs prospectifs que d'enfants à adopter. C'est un fait avéré en ce qui concerne les enfants pour lesquels l'Aide sociale à l'enfance en France cherche un placement en adoption, mais il y a des milliers d'enfants écartés en France en raison de leur âge, leur appartenance ethnique, leur handicap ou leur passé, sans compter l'adoption internationale. Il y a en effet dans le monde des milliers d'enfants orphelins ou abandonnés, qui attendent dans des orphelinats de misère qu'un adulte vienne s'occuper d'eux.

Le requérant relève aussi qu'il n'existe, dans les sociétés démocratiques, aucun consensus sur la nécessité d'une exclusion absolue de l'adoption par un célibataire homosexuel. Au Canada, toutes les entités fédérales permettent l'adoption par un célibataire et aucune n'en exclut les homosexuels. La législation d'un seul Etat des Etats-Unis dispose explicitement qu'une personne qui serait autrement éligible ne peut adopter un enfant si elle est homosexuelle: il s'agit de celle de la Floride qui prévoit aussi l'interdiction de certains comportements sexuels en privé entre majeurs consentants, qu'ils soient de sexe différent ou de même sexe. Parmi les quarante-trois Etats du Conseil de l'Europe, la grande majorité permet l'adoption par un célibataire, même si ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles, et n'exclut pas de façon absolue cette possibilité, que ce soit dans la législation ou dans la jurisprudence, pour les homosexuels. Au terme de ses recherches, le requérant a constaté que ce n'est que dans deux pays, la France et la Suède, que la jurisprudence a établi une telle exclusion pour l'adoption par un célibataire. Il a en outre relevé qu'une commission gouvernementale suédoise a recommandé, en janvier 2001, l'abrogation législative de l'exclusion des homosexuels de l'adoption qui avait été introduite par un arrêt de la Cour administrative suprême de 1993.

Le requérant en conclut que le Conseil d'Etat a violé l'article 14 de la Convention, combiné avec son article 8, en opérant une distinction dont le facteur déterminant est son orientation sexuelle.

36. Le Gouvernement soutient que les orientations sexuelles du requérant n'ont pas été à l'origine du refus d'agrément. Il observe en effet que la décision du 3 mai 1993 est d'abord fondée sur son statut de célibataire masculin n'ayant pas de référence féminine proche. Il relève à cet égard que l'absence de référence paternelle a déjà été un motif de rejet d'une demande d'agrément d'une femme célibataire, comme il ressort d'un arrêt du Conseil d'Etat du 18 février 1994. Le second motif de cette décision vise les difficultés du requérant d'évaluer au quotidien les conséquences d'une adoption, révélées par le rapport social établi le 2 mars 1993 par les assistantes sociales à la suite de leur visite et de l'entretien concomitant. Par ailleurs, si la référence aux «choix de vie» englobe sans nul doute l'orientation sexuelle de M. Fretté, elle ne vise pas exclusivement celle-ci, mais a aussi en vue son statut de célibataire

tout court et plus généralement son mode de vie quotidien qui a laissé à penser qu'il n'était pas prêt à accueillir un enfant dans de bonnes conditions sur les plans familial, éducatif et psychologique. Le jugement du tribunal administratif et l'arrêt du Conseil d'Etat ne comportent d'ailleurs aucune indication selon laquelle le refus aurait été opposé sur la seule base de l'orientation sexuelle du requérant, même si ces deux décisions divergent quant à la solution adoptée.

Même s'il fallait considérer que le refus d'agrément reposait exclusivement ou principalement sur l'orientation sexuelle du requérant, il n'y aurait aucune discrimination à son égard, dans la mesure où le seul élément pris en compte est l'intérêt de l'enfant à adopter. La décision prise trouve sa justification dans l'intérêt supérieur de l'enfant qui sous-tend toute la législation applicable en matière d'adoption. Dans ce domaine en particulier, « les droits de l'enfant tracent la limite du droit à l'enfant », comme l'a souligné la commissaire du Gouvernement (voir *supra*, paragraphe 15). Le droit de pouvoir adopter dont se prévaut le requérant trouve sa limite dans l'intérêt de l'enfant susceptible d'être adopté.

Or les critères mis en œuvre à cette fin ont été à la fois objectifs et raisonnables. En effet, la différence de traitement résulte, en l'état actuel des connaissances, des incertitudes pesant sur le développement d'un enfant élevé par une personne homosexuelle et privé de la double référence maternelle et paternelle. Les incidences éventuelles d'une adoption par un adulte affirmant son homosexualité sur le développement psychologique et plus généralement la vie future de l'enfant concerné ne font pas l'objet d'une réponse unique et divisent les spécialistes de l'enfance comme les sociétés démocratiques dans leur ensemble.

Il n'existe pas non plus de consensus sur ce point au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe. A ce jour, les seuls Pays-Bas, qui ont très récemment légiféré en la matière, permettent à deux personnes du même sexe de se marier, d'adopter et d'élever ensemble des enfants. Au sein des Etats de l'Union européenne, beaucoup ne permettent pas à des célibataires de présenter une demande d'adoption et d'autres enferment cette possibilité dans des conditions restrictives dans la mesure où l'adoption par des personnes homosexuelles, vivant seules ou en couple, suscite de fortes réserves au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant.

L'absence totale de consensus sur l'opportunité de permettre à un célibataire homosexuel d'adopter un enfant doit conduire à reconnaître aux Etats une marge d'appréciation importante et, selon sa jurisprudence, ce n'est pas le rôle de la Cour de se substituer aux autorités nationales pour trancher de manière univoque une controverse aussi délicate et imposer une solution unique. Le Gouvernement conclut donc à la non-violation de l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 8.

37. La Cour rappelle qu'elle a considéré que la décision mise en cause par le requérant reposait de manière déterminante sur l'homosexualité

déclarée de celui-ci. Si les autorités compétentes ont également eu égard à d'autres circonstances, elles apparaissent comme secondaires.

38. Selon la Cour, il est indéniable que les décisions de rejet de la demande d'agrément poursuivaient un but légitime : protéger la santé et les droits des enfants pouvant être concernés par une procédure d'adoption, pour laquelle l'octroi d'agrément constitue en principe une condition préalable. Il reste à savoir si la deuxième condition, l'existence de la justification d'un traitement différencié, se trouve elle aussi remplie.

39. Le droit de jouir des droits garantis par la Convention sans être soumis à discrimination est également transgressé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les Etats n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes (*Thlimmenos* précité, § 44).

40. Cependant, les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement juridique. L'étendue de la marge d'appréciation varie selon les circonstances, les domaines et le contexte ; la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats contractants peut constituer un facteur pertinent à cet égard (voir notamment les arrêts *Petrovic* précité, pp. 587-588, § 38, et *Rasmussen c. Danemark*, 28 novembre 1984, série A n° 87, p. 15, § 40).

41. Force est de constater qu'il n'existe pas un tel dénominateur commun dans ce domaine. Même si la majorité des Etats contractants ne prévoient pas explicitement l'exclusion des homosexuels de l'adoption lorsque celle-ci est ouverte aux célibataires, on chercherait en vain dans l'ordre juridique et social des Etats contractants des principes uniformes sur ces questions de société sur lesquelles de profondes divergences d'opinions peuvent raisonnablement régner dans un Etat démocratique. La Cour estime normal que les autorités nationales, qui se doivent aussi de prendre en considération dans les limites de leurs compétences les intérêts de la société dans son ensemble, disposent d'une grande latitude lorsqu'elles sont appelées à se prononcer dans ces domaines. Etant en prise directe et permanente avec les forces vitales de leur pays, les autorités nationales sont en principe mieux placées qu'une juridiction internationale pour évaluer les sensibilités et le contexte locaux. Dès lors que les questions délicates soulevées en l'espèce touchent à des domaines où il n'y a guère de communauté de vues entre les Etats membres du Conseil de l'Europe et où, de manière générale, le droit paraît traverser une phase de transition, il faut donc laisser une large marge d'appréciation aux autorités de chaque Etat (voir, *mutatis mutandis*, arrêts *Manoussakis et autres c. Grèce*, 26 septembre 1996, *Recueil* 1996-IV, p. 1364, § 44, et *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France* [GC], n° 27417/95, § 84, CEDH 2000-VII). Par cette marge d'appréciation ne saurait cependant se

transformer en reconnaissance d'un pouvoir arbitraire à l'Etat et la décision des autorités reste soumise au contrôle de la Cour, qui en vérifiera la conformité avec les exigences de l'article 14 de la Convention.

42. Comme le soutient le Gouvernement, sont ici en cause les intérêts concurrents du requérant et des enfants pouvant être adoptés. Le seul fait qu'il n'y ait pas, dans le cadre de la demande d'agrément, d'enfant précisément identifié, ne saurait impliquer l'absence de tout intérêt concurrent. L'adoption est « donner une famille à un enfant et non un enfant à une famille » et l'Etat doit veiller à ce que les personnes choisies comme adoptantes soient celles qui puissent lui offrir, sur tous les plans, les conditions d'accueil les plus favorables. La Cour rappelle à cet égard qu'elle a déjà considéré que, lorsqu'un lien familial est établi entre un parent et un enfant, « une importance particulière doit être attachée à l'intérêt supérieur de l'enfant qui, selon sa nature et sa gravité, peut l'emporter sur celui du parent » (arrêts *E.P. c. Italie*, n° 31127/96, § 62, 16 novembre 1999, ainsi que *Johansen c. Norvège*, 7 août 1996, *Recueil* 1996-III, p. 1008, § 78). Force est de constater que la communauté scientifique – et plus particulièrement les spécialistes de l'enfance, les psychiatres et les psychologues – est divisée sur les conséquences éventuelles de l'accueil d'un enfant par un ou des parents homosexuels, compte tenu notamment du nombre restreint d'études scientifiques réalisées sur la question à ce jour. S'ajoute à cela les profondes divergences des opinions publiques nationales et internationales, sans compter le constat de l'insuffisance du nombre d'enfants adoptables par rapport aux demandes. Dans ces conditions, les autorités nationales, notamment le Conseil d'Etat en se fondant entre autres sur les conclusions pondérées et circonstanciées de la commissaire du Gouvernement, ont légitimement et raisonnablement pu considérer que le droit de pouvoir adopter dont le requérant se prévalait selon l'article 343-1 du code civil trouvait sa limite dans l'intérêt des enfants susceptibles d'être adoptés, nonobstant les aspirations légitimes du requérant et sans que soient remis en cause ses choix personnels. Si l'on tient compte de la grande marge d'appréciation à laisser ici aux Etats et de la nécessité de protéger les intérêts supérieurs des enfants pour atteindre l'équilibre voulu, le refus d'agrément n'a pas transgressé le principe de proportionnalité.

43. En bref, la justification avancée par le Gouvernement paraît objective et raisonnable et la différence de traitement litigieuse n'est pas discriminatoire au sens de l'article 14 de la Convention.

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

44. Le requérant se plaint de ce qu'il n'a pu assister à l'audience du Conseil d'Etat, faute de convocation. Il invoque la méconnaissance du

droit à un procès équitable garanti par l'article 6 § 1 de la Convention, dont la partie pertinente se lit ainsi :

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

45. Le requérant constate qu'en l'absence de toute information des autorités judiciaires, il n'a pu avoir connaissance des conclusions de la commissaire du Gouvernement et n'a pas pu y répondre. Il souligne qu'il ne pouvait, du fait de ses activités professionnelles, se rendre régulièrement au Conseil d'Etat pour voir si son affaire était inscrite sur les panneaux apposés à cet effet. Bien qu'il ait téléphoné à plusieurs reprises au greffe du Conseil d'Etat pour connaître la date d'audience, il n'a jamais reçu de réponse claire. Il n'a pas non plus été informé de la possibilité de demander par écrit la date d'audience. Il considère que le fait que les parties ne soient pas d'office convoquées aux audiences est, en soi, contraire à l'article 6 § 1 de la Convention. En effet, sanctionner un individu qui exerce son droit de ne pas engager un avocat aux Conseils n'est pas conforme au principe d'équité, d'autant que sa non-convocation l'a privé de la possibilité, évoquée par la Cour dans son arrêt *Kress* précité, de produire une note en délibéré.

46. Le Gouvernement rappelle que les règles régissant la procédure contentieuse devant le Conseil d'Etat prévoient l'affichage du rôle des audiences au greffe, de telle sorte qu'il soit accessible au public. Elles ne prescrivent par contre une convocation automatique des parties, quatre jours au moins avant la séance, que pour autant qu'elles ont constitué avocat. Or toute partie est susceptible de constituer avocat jusqu'à la date d'audience, au besoin en sollicitant l'aide juridictionnelle. Quant aux parties n'ayant pas constitué avocat, elles doivent se soumettre à une obligation de diligence, c'est-à-dire demander à être prévenues de la date d'audience. En l'espèce, le Gouvernement relève que le requérant ne peut invoquer le grief relatif à l'absence de convocation car rien ne semble établir qu'il ait rempli la formalité de demande de la date d'audience auprès du greffe du Conseil d'Etat.

Le Gouvernement rappelle par ailleurs que, dans un souci de libéralisme et de large ouverture de l'accès au juge, les règles de procédure au Conseil d'Etat dispensent, dans certaines matières, les parties au procès de l'obligation d'avoir un avocat pour introduire leur recours ou présenter leurs arguments par écrit. Le monopole de la prise de parole reste toutefois réservé à un corps d'avocats spécialisés, les avocats aux Conseils. Pareil système n'empêche pas le respect du principe du contradictoire du fait que la procédure devant le Conseil d'Etat est essentiellement écrite et que toutes les pièces écrites sont communiquées aux parties respectives. De la sorte, l'absence de convocation du requérant, qui n'avait pas

constitué avocat, n'a pas porté atteinte aux droits que lui garantit l'article 6, puisqu'il n'aurait pas pu plaider lui-même s'il avait été informé de la tenue de l'audience. En outre, l'avocat de la partie adverse n'a présenté aucune plaidoirie.

47. La Cour rappelle que le principe de l'égalité des armes – l'un des éléments de la notion plus large de procès équitable – requiert que chaque partie se voie offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire (voir, parmi beaucoup d'autres, *Nideröst-Huber c. Suisse*, arrêt du 18 février 1997, *Recueil* 1997-I, pp. 107-108, § 23). Il implique aussi en principe le droit pour les parties à un procès de prendre connaissance de toute pièce ou observation soumise au juge, fût-ce par un magistrat indépendant, en vue d'influencer sa décision, et de la discuter (voir notamment les arrêts *Van Orshoven c. Belgique*, 25 juin 1997, *Recueil* 1997-III, J. J. et *K.D.B. c. Pays-Bas*, 27 mars 1998, *Recueil* 1998-II, ainsi que *Nideröst-Huber* précité, p. 108, § 24).

48. La Cour rappelle aussi que dans l'arrêt *Kress* précité (§§ 72, 73 et 76) elle a constaté que, dans la majorité des cas, les conclusions du commissaire du Gouvernement ne font pas l'objet d'un document écrit, que celui-ci présente ses conclusions pour la première fois oralement à l'audience publique de jugement de l'affaire et que tant les parties à l'instance que les juges et le public en découvrent le sens et le contenu à cette occasion. Toutefois, les avocats qui le souhaitent peuvent demander au commissaire du Gouvernement, avant l'audience, le sens général de ses conclusions. Les parties peuvent en outre répliquer, par une note en délibéré, aux conclusions du commissaire du Gouvernement. Se fondant sur ces circonstances, la Cour a estimé, dans l'affaire *Kress* où la requérante était représentée dans la procédure devant le Conseil d'Etat, que cette procédure offrait suffisamment de garanties au justiciable et qu'aucun problème ne se posait sous l'angle du droit à un procès équitable en ce qu'il garantit le respect du contradictoire.

49. Les circonstances de l'espèce (c'est-à-dire celles prévalant avant le 1<sup>er</sup> janvier 2001, puisque depuis lors toute partie est informée de la date d'audience) sont quelque peu différentes. Le requérant, qui n'avait pas constitué avocat comme l'autorisait expressément le droit interne, n'était pas présent à l'audience, faute d'y avoir été convoqué selon ses explications. Il soutient à cet égard qu'il a téléphoné à plusieurs reprises au greffe du Conseil d'Etat pour connaître la date d'audience sans recevoir de réponse claire ni être avisé de la possibilité de demander d'en être informé par écrit, affirmation non contestée par le Gouvernement. De l'avis de la Cour, on ne pouvait exiger du requérant qu'il se rendît régulièrement au greffe du Conseil d'Etat afin de vérifier si son affaire figurait sur les panneaux sur lesquels l'affichage est prescrit quatre jours au moins avant la séance. En outre, pareille exigence n'aurait pas été

compatible avec la «diligence» que les Etats contractants doivent déployer pour assurer la jouissance effective des droits garantis par l'article 6 (arrêts *Vacher c. France*, 17 décembre 1996, *Recueil* 1996-VI, pp. 2148-2149, § 28, et *Colozza c. Italie*, 12 février 1985, série A n° 89, p. 15, § 28).

50. De la sorte, le requérant n'a pas pu prendre connaissance des conclusions de la commissaire du Gouvernement, du fait de l'absence de convocation. N'étant pas représenté, il n'a pas non plus pu obtenir, avant l'audience, le sens général de ces conclusions. Cela l'a privé de la possibilité de déposer une note en délibéré pour y répliquer.

51. Ainsi, faute d'avoir offert au requérant un examen équitable de sa cause devant le Conseil d'Etat dans le cadre d'un procès contradictoire, il y a eu, en l'espèce, violation de l'article 6 § 1.

### 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. Devant la Cour, le requérant sollicite l'allocation de 100 000 francs français (FRF), soit 15 244,90 euros (EUR), au titre du préjudice moral, en raison du retard discriminatoire de neuf ans que son rêve de devenir parent adoptif aurait subi en cas de constat de violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8. Or les sentiments d'injustice, de frustration et d'impuissance résultant du traitement que lui ont réservé les administrations et les juridictions françaises tout au long de cette période extrêmement étendue durant laquelle il a attendu l'issue de la procédure de demande d'agrément sont d'autant plus forts que la décision d'adopter est plus facile à trente-neuf ans, l'âge qu'il avait à la date à laquelle fut prise la première décision, qu'à quarante-huit ou quarante-neuf ans, l'âge qu'il aura à la date à laquelle une nouvelle décision pourrait être prise à la suite d'un constat de violation.

54. Le Gouvernement estime qu'un arrêt de la Cour constituerait par lui-même une satisfaction équitable suffisante. Si la Cour jugeait toutefois nécessaire d'allouer une somme à ce titre, il soutient, à titre subsidiaire, qu'un montant de 30 000 FRF (4 573,47 EUR) réparerait les préjudices moraux subis par le requérant, à la fois en raison du refus d'agrément et de la procédure devant le Conseil d'Etat.



55. La Cour relève que la seule base à retenir pour l'octroi d'une satisfaction équitable réside en l'espèce dans la violation de l'article 6 § 1 du fait de la procédure devant le Conseil d'Etat. Or le requérant ne sollicite pas la réparation du dommage moral qu'il aurait subi à ce titre ; d'après la jurisprudence constante de la Cour, pareille question n'appelle pas un examen d'office (arrêts *Coëme et autres c. Belgique*, nos 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96, § 155, CEDH 2000-VII, et, *mutatis mutandis*, *Scuderi c. Italie*, 24 août 1993, série A n° 265-A, p. 8, § 20).

### B. Frais et dépens

56. Le requérant réclame, justificatifs à l'appui, le versement de la somme de 43 132 FRF (6 575,43 EUR), dont 40 000 FRF (6 097,96 EUR) au titre des honoraires pour sa représentation devant la Cour, 1 000 FRF (152,45 EUR) pour ses propres frais de correspondance et de photocopies devant la Cour et les juridictions internes, et 2 132 FRF (325,02 EUR) pour les frais de voyage et d'hébergement exposés aux fins de participer à l'audience qui s'est tenue à Strasbourg.

57. Le Gouvernement considère que seuls les frais et dépens engagés devant la Cour peuvent être remboursés.

58. La Cour rappelle que les frais exposés devant les juridictions nationales ne peuvent être pris en compte que s'ils ont été engagés pour faire redresser la violation de la Convention constatée, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Quant aux frais et dépens engagés devant les organes de la Convention, la Cour rappelle également n'avoir conclu à la violation qu'en ce qui concerne l'article 6 § 1 de la Convention. Statuant en équité et dans le respect des critères énoncés dans sa jurisprudence (voir, entre autres, l'arrêt *Nikolova c. Bulgarie* [GC], n° 31195/96, § 79, CEDH 1999-II), la Cour alloue au requérant la somme de 3 500 EUR au titre des frais et dépens.

### C. Intérêts moratoires

59. 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 4,26 % l'an.

## PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Dit*, par quatre voix contre trois, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 8 ;
2. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 6 de la Convention ;

3. *Dit*, à l'unanimité,
- a) que l'Etat défendeur doit verser au requérant, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, 3 500 EUR (trois mille cinq cents euros), plus tout montant pouvant être dû au titre de la taxe sur la valeur ajoutée, pour frais et dépens;
  - b) que ce montant sera à majorer d'un intérêt simple de 4,26 % l'an à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement;
4. *Rejet*, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 26 février 2002, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

S. DOLLÉ  
Greffière

W. FUHRMANN  
Président

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 partiellement concordante de M. Costa, à laquelle déclarent se rallier M. Jungwiert et M. Traja;
- opinion partiellement dissidente commune à Sir Nicolas Bratza, M. Fuhrmann et M<sup>m</sup>c Tulkens.

W.F.  
S.D.

OPINION PARTIELLEMENT CONCORDANTE  
DE M. LE JUGE COSTA,  
À LAQUELLE DÉCLARENT SE RALLIER  
MM. LES JUGES JUNGWIERT ET TRAJA

La Cour européenne des Droits de l'Homme est souvent confrontée à deux difficultés, quoique plus rarement aux deux en même temps. La première touche à la détermination du champ d'application matériel de la Convention. La seconde touche à la marge d'appréciation laissée aux Etats, en certains domaines, par la jurisprudence de la Cour.

L'affaire *Fretté c. France* est un cas dans lequel une chambre a dû résoudre les deux problèmes à la fois, et il n'est pas surprenant qu'elle ait été divisée. Personnellement, j'ai conclu à la non-violation de l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 8, mais pour une raison toute différente de celle de la majorité, et tenant à l'applicabilité, ou plutôt, en ce qui me concerne, à l'inapplicabilité de ces stipulations. Je vais essayer d'explicitier mon raisonnement.

1. *L'applicabilité de l'article 14, combiné avec l'article 8*

Il n'est pas contesté que le cœur du litige est constitué par le motif du rejet de la demande d'agrément en vue de l'adoption formée par le requérant, à savoir son homosexualité, courageusement déclarée lors des enquêtes menées dans le cadre de la procédure d'agrément qui relève, on le sait, des services du département, celui de Paris en l'espèce. Le jugement du tribunal administratif qui annula le refus d'agrément le dit explicitement. Si l'arrêt du Conseil d'Etat annulant le jugement et confirmant ce refus parle plus discrètement des «choix de vie de l'intéressé devant être respectés», les remarquables conclusions de M<sup>me</sup> Christine Maugué, commissaire du Gouvernement devant le Conseil d'Etat, juridiction à laquelle elle appartient, ne laissent planer aucun doute sur le fait que c'est parce que M. Fretté se dit homosexuel que l'agrément lui a été refusé; et elle a souligné que le Conseil était appelé à rendre sur ce point un arrêt de principe (voir les citations des conclusions au paragraphe 15 du présent arrêt).

Je rappelle par ailleurs que le système français d'adoption requiert d'abord un agrément administratif, accordé ou refusé *in abstracto* en fonction des garanties du demandeur (ou des demandeurs dans le cas d'un couple) quant aux conditions d'accueil d'un enfant sur les plans familial, éducatif et psychologique. Cet agrément n'est pas une condition suffisante pour l'adoption, car celle-ci est accordée ou refusée *in concreto* par le tribunal de grande instance, et les parties et le ministère public peuvent faire appel de son jugement; mais il en est une condition

pratiquement indispensable : il ne peut y avoir adoption sans agrément, sauf si l'enfant est un pupille de l'État dont la garde avait été confiée aux personnes demandant à l'adopter, ou dans l'hypothèse prévue à l'article 353-1 du code civil (« Si l'agrément a été refusé (...) le tribunal peut prononcer l'adoption s'il estime que les requérants sont aptes à accueillir l'enfant et que celle-ci est conforme à son intérêt »). La première exception n'a aucune chance de jouer en faveur de M. Fretté, et la seconde n'est guère plus vraisemblable.

Les données du litige sont donc claires. En pratique, un homosexuel tel que le requérant se trouve privé, en tout cas en l'occurrence, de toute possibilité d'adopter un enfant.

L'arrêt, au paragraphe 27, rappelle judicieusement la jurisprudence de la Cour : l'article 14 ne trouve pas à s'appliquer si les faits du litige ne tombent pas sous l'emprise d'au moins une des dispositions de la Convention. Cette interprétation de l'article 14 découle logiquement de son texte même : « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune (...) » Elle est encore renforcée *a contrario* par le texte du Protocole n° 12, signé le 4 novembre 2000 mais non encore entré en vigueur, qui institue une interdiction générale de la discrimination : « La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune (...) » Si le législateur européen a voulu aller plus loin qu'il ne l'avait fait en 1950, appartient-il au juge européen, *de lege ferenda*, d'anticiper sur l'entrée en vigueur d'un Protocole exprimant clairement cette intention, mais subordonné à la ratification des États ? Selon moi, la réponse est non, sous peine de substituer la volonté de la Cour à celle des États qui lui ont donné naissance.

Si donc l'interprétation de l'article 14 doit demeurer – la question d'une éventuelle violation du Protocole n° 12 quand il sera en vigueur étant d'ailleurs à la fois prématurée et non évidente, car il n'est pas sûr que le système légal d'agrément prévoie bien un droit ou une liberté d'adopter – alors je pense qu'il ne s'applique pas en l'espèce.

D'abord, la Convention ne garantit aucun droit d'adopter (voir les décisions de la Commission européenne des Droits de l'Homme citées dans l'arrêt, et notamment celle du 10 juillet 1997 sur la requête de M<sup>me</sup> Dallila Di Lazzaro), ni même aucune protection du désir – aussi respectable soit-il – de fonder une famille (voir les arrêts cités au paragraphe 32 et notamment l'arrêt *Marckx*). On ne trouve pas de droits de cette sorte non plus dans les autres instruments internationaux qui, sans lier notre Cour, peuvent la guider, comme la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant.

Ensuite, il ne suffit pas de dire que l'orientation sexuelle d'une personne fait partie de sa vie privée, comme le rappelle le requérant (paragraphe 28 de l'arrêt). C'est bien entendu exact, et je n'ai eu aucun doute à conclure,

par exemple, que l'article 8 avait été violé dans le cas d'homosexuels des deux sexes révoqués des forces armées pour homosexualité (arrêts *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni*, nos 31417/96 et 32377/96, 27 septembre 1999, et *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, nos 33985/96 et 33986/96, CEDH 1999-VI). Mais c'est parce qu'il y avait eu ingérence dans la vie privée des requérants, comme dans d'autres affaires célèbres telles que *Dudgeon c. Royaume-Uni* (arrêt du 22 octobre 1981, série A n° 45) ou *Modinos c. Chypre* (arrêt du 22 avril 1993, série A n° 259), dont je ne rappellerai pas les circonstances tellement elles sont connues (répression pénale des relations homosexuelles). Ici, précisément, s'il n'y a pas de droit à l'enfant (adoptif), si la Convention ne protège pas le désir de fonder une famille, il n'y a pas à mon avis d'atteinte de l'Etat à la vie privée ou familiale de M. Fretté. Le rejet de la demande d'agrément de celui-ci n'attente pas en soi à sa vie privée, ni à son état de célibataire sans enfant. Pourrait-on dire que les motifs mêmes de cette décision négative l'atteignent dans sa vie privée, en ce qu'ils stigmatiseraient un certain choix de vie? On peut hésiter sur ce point, mais en fin de compte je ne le crois pas, car l'attitude de l'administration départementale, reflétée par des appréciations d'ailleurs nuancées et non hostiles *a priori* au requérant, prend surtout en compte l'intérêt de l'enfant susceptible d'être adopté en cas d'octroi de l'agrément. Que l'administration ait tort ou raison, c'est un autre problème, mais en tout cas sa décision ne me paraît pas toucher le droit au respect de la vie privée et/ou familiale au sens de l'article 8.

Ensuite, je voudrais dire avec tout le respect dû à mes pairs que le paragraphe 32 de notre arrêt, qui conclut que l'article 14, combiné avec l'article 8, est applicable, est faible. Explicitement, il reparle d'un droit garanti au requérant par l'article 343-1 du code civil, mais cet article se borne à prévoir que l'adoption peut être demandée : or la possibilité de demander quelque chose ne fonde pas un droit de l'obtenir, ou alors les mots n'ont plus de sens. Et, implicitement, ce paragraphe repose sur l'idée que le refus opposé à M. Fretté constitue bien une ingérence de l'Etat dans son droit ; mais cela me paraît un raisonnement circulaire.

Reste enfin un argument du requérant, tiré de l'arrêt de notre Cour du 6 avril 2000 *Thlimmenos c. Grèce* ([GC], n° 34369/97, CEDH 2000-IV), que d'ailleurs le présent arrêt ne reprend pas dans la partie exposant le raisonnement de la Cour. Tout en reconnaissant que *Thlimmenos* élargit l'applicabilité de l'article 14, je ne trouve pas l'analogie décisive car dans cette affaire il s'agissait d'une exclusion fondée sur le fait d'avoir commis un crime, et de l'absence de prise en compte du fait que celui imputé au requérant était la conséquence *exclusive* de l'exercice de sa liberté de religion. Ici, le requérant n'a – heureusement! – fait l'objet d'aucune sanction pénale à raison de sa vie privée. Et le refus qui lui a été opposé pourrait tout à fait – et cela arrive tous les jours – être opposé à bien d'autres demandeurs de l'agrément, des célibataires comme lui ou des

couples, sans que leurs mœurs sexuelles constituent le motif du rejet, dès lors qu'aux yeux du département ils ne présentent pas des garanties suffisantes quant aux conditions d'accueil d'un enfant sur les plans familial, éducatif et psychologique (au demeurant, bien que la Cour, où je siégeais, ait été unanime dans *Thlimmenos*, je me demande si elle n'est pas allée un peu loin et je remarque que cet arrêt a été rendu avant que le Protocole n° 12 – élément capital à mes yeux – n'ait été ouvert à la signature).

En résumé, je ne vois pas comment je pourrais trouver dans cette affaire l'article 14 applicable, même combiné avec l'article 8.

## 2. *La non-violation de ces dispositions*

Etant arrivé à cette ferme conclusion, je ne ferai que de brèves remarques sur ce second point, car mon constat d'inapplicabilité me conduit inéluctablement à celui de non-violation.

En réalité, l'arrêt aboutit à cette dernière conclusion en combinant le concept de marge d'appréciation, dont l'étendue est influencée par le caractère de la matière en cause et par l'absence de dénominateur commun en Europe dans ce domaine (paragraphes 40 et 41 de l'arrêt), et les intérêts supérieurs de l'enfant à adopter (la primauté des droits de l'enfant sur le droit à l'enfant), en l'absence de consensus de la communauté scientifique sur l'impact d'une adoption par un célibataire ou un couple homosexuel (paragraphe 42 de l'arrêt). En réalité, la majorité de la majorité, sans le dire, s'est en quelque sorte fondée sur le principe de précaution.

S'il m'avait fallu opter, j'aurais été très hésitant. Je reconnais que ces arguments sont forts et qu'ils ne sont pas en dysharmonie avec la jurisprudence de notre Cour. On peut faire valoir en sens inverse que d'une part la loi en France n'interdit pas l'adoption par un célibataire homosexuel, d'autre part il ressort du dossier que le requérant semblait offrir beaucoup de garanties propres à convaincre qu'il pourrait rendre un enfant heureux, même en l'absence d'image ou de référence maternelle ou féminine pour ce dernier; or la Cour s'efforce de juger des cas concrets, et de ne pas prendre de décisions générales et abstraites.

Il y a donc des éléments dans les deux sens, et la solution dépend de l'éclairage, selon que l'on met l'accent sur la subsidiarité du rôle de la Cour européenne des Droits de l'Homme, ou sur l'importance du «contrôle européen» qui lui incombe.

Mais finalement tout se tient, car comment faire prévaloir le contrôle européen sur la subsidiarité lorsque le droit revendiqué par le requérant – si compréhensible cette revendication soit-elle au plan affectif et humain – n'est ni un droit au sens du droit national ni une liberté garantie par la Convention?

Le paradoxe de cet arrêt, dans le fond, me semble qu'il eût été plus facile de fonder juridiquement le rejet de la requête sur l'inapplicabilité de l'article 14, plutôt que de le déclarer applicable – et non violé.

OPINION PARTIELLEMENT DISSIDENTE  
COMMUNE À Sir Nicolas BRATZA, M. FUHRMANN  
ET M<sup>me</sup> TULKENS, JUGES

Nous ne pouvons souscrire à l'opinion de la majorité selon laquelle il n'y a pas violation de l'article 14 de la Convention, lu en conjonction avec l'article 8.

1. Avant d'expliquer les motifs de notre désaccord quant à l'article 14 de la Convention, nous souhaitons apporter des éléments complémentaires sur la question de l'applicabilité de l'article 8 de la Convention.

Nous acceptons sans difficulté l'opinion formulée de manière constante par la Commission européenne des Droits de l'Homme selon laquelle l'article 8 de la Convention ne garantit pas, en tant que tel, un droit à l'adoption. Nous acceptons aussi que l'article 8, qui garantit le droit au respect de la vie familiale, ne peut être interprété comme protégeant le simple désir de fonder une famille, que ce soit par l'adoption ou de toute autre manière. A cet égard, la présente affaire peut être distinguée de l'affaire *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal* (n° 33290/96, CEDH 1999-IX) dans laquelle une vie de famille établie existait déjà entre le requérant et sa fille et où la décision de la cour d'appel de Lisbonne de confier l'autorité parentale de l'enfant à l'ex-femme du requérant constituait une nette interférence dans son droit au respect de sa vie familiale, et dès lors rentrait dans le champ d'application de l'article 8. Il s'ensuit, dans le cas d'espèce, que le rejet par le Conseil d'Etat de la demande d'agrément en vue de l'adoption formulée par le requérant n'implique pas une interférence directe dans ses droits garantis par l'article 8 de la Convention; il n'implique pas davantage la violation d'une quelconque obligation positive de l'Etat de garantir au requérant le droit au respect de sa vie privée ou familiale.

Cependant, comme le présent arrêt l'indique clairement, l'affaire ne peut s'en terminer là dans la mesure où la requête concerne aussi l'article 14 de la Convention. La jurisprudence de la Cour établit deux principes importants concernant l'interprétation de cette disposition et qui sont directement pertinents dans le cas d'espèce.

D'abord, dans la mesure où l'article 14 n'a pas d'existence indépendante, son application ne présuppose pas nécessairement la violation d'un des droits substantiels garantis par la Convention, tout comme elle ne présuppose pas une interférence directe des autorités nationales avec les droits garantis par une telle disposition. Il faut, mais il suffit, que les faits de la cause tombent « sous l'empire » de l'une ou l'autre des dispositions en question (voir, parmi beaucoup d'autres, les arrêts *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, série A



n° 94, p. 35, § 71 ; *Karlheinz Schmidt c. Allemagne*, 18 juillet 1994, série A n° 291-B, p. 32, § 22, et *Petrovic c. Autriche*, 27 mars 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-II, p. 585, § 22).

Le second principe est étroitement relié au premier. L'article 14 s'étend non seulement à la jouissance des droits que les Etats sont obligés de garantir par la Convention mais également à ces droits et libertés qui tombent sous l'empire d'une disposition matérielle de la Convention et que l'Etat a choisi de garantir, même si en ce faisant il va au-delà de ce qui est exigé par la Convention. Ce principe a été pour la première fois énoncé par la Cour dans l'*Affaire «relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique» c. Belgique* (arrêt du 23 juillet 1968, série A n° 6, pp. 33-34, § 9). La Cour relève que le droit d'obtenir des autorités publiques la création d'un établissement d'éducation d'un type particulier ne peut être déduit de l'article 2 du Protocole n° 1 et elle poursuit :

« (...) néanmoins, l'Etat qui aurait créé pareil établissement, ne pourrait, en en réglementant l'accès, prendre des mesures discriminatoires au sens de l'article 14.

Pour rappeler un autre exemple cité au cours de la procédure, l'article 6 de la Convention n'astreint pas les Etats à instituer un double degré de juridiction. L'Etat qui établit des cours d'appel va par conséquent au-delà des obligations dérivant de l'article 6. Il violerait pourtant l'article 6, combiné avec l'article 14, s'il refusait cette voie de recours à certains sans raison légitime, alors qu'il pourrait à d'autres pour la même catégorie de litiges.

Dans des cas semblables, on se trouverait en présence d'une violation d'un droit ou d'une liberté garantis, tels qu'ils sont énoncés par l'article pertinent combiné avec l'article 14. Tout se passe comme si ce dernier faisait partie intégrante de chacun des articles consacrant des droits ou libertés. Il n'y a pas lieu, à cet égard, de distinguer selon la nature de ces droits et libertés et des obligations qui y correspondent, et par exemple suivant que le respect du droit dont il s'agit implique une action positive ou une simple abstention (...)

De la même manière, dans l'arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali* (précité), il n'y avait pas une obligation à charge de l'Etat, au regard de l'article 8 de la Convention, d'autoriser les femmes étrangères qui résidaient dans le pays à être rejointes par leurs maris, en dépit du fait que ceux-ci n'avaient pas un droit indépendant d'entrée et de séjour sur le territoire. Néanmoins, le fait qu'un tel droit ou privilège a été accordé et que la situation rentre « sous l'empire » du droit au respect de la vie familiale garanti par l'article 8, exige que la différence de traitement entre les personnes autorisées à résider, en l'espèce les femmes étrangères qui ne jouissaient pas du droit d'être rejointes par leurs maris, soit justifiée au regard de l'article 14 (pp. 37-38, § 78).

Appliquant ces principes au cas d'espèce, nous considérons que, quoique l'article 8 de la Convention ne garantisse pas en tant que tel le droit à l'adoption, ni non plus le droit pour un célibataire d'adopter, la

situation qui est à la base de la présente requête rentre incontestablement dans le « champ d'application » ou « sous l'empire » de cette disposition. Dans la jurisprudence de la Cour, le concept de « vie privée », au sens de l'article 8 de la Convention, est un concept large qui comprend, entre autres, le droit de nouer et de développer des relations avec ses semblables et avec le monde extérieur (*Niemietz c. Allemagne*, arrêt du 16 décembre 1992, série A n° 251-B, p. 33, § 29), le droit à la reconnaissance de son identité (*Burghartz c. Suisse*, arrêt du 22 février 1994, série A n° 280-B, p. 28, § 24) ou encore le droit au « développement personnel » (*Bensaïd c. Royaume-Uni*, n° 44599/98, § 47, CEDH 2001-I).

Ainsi, en autorisant par la loi des personnes célibataires à formuler une demande d'adoption, la France a été au-delà de ce qui était requis, à titre d'obligation positive, au regard de l'article 8 de la Convention. Toutefois, à partir du moment où elle a accordé un tel droit et établi un système de demande d'agrément en vue de l'adoption, il lui incombe d'appliquer ce système d'une manière qui n'introduit pas une discrimination injustifiée entre les personnes célibataires pour un des motifs énumérés à l'article 14 de la Convention.

Pareille position ne peut en aucune manière être considérée comme une anticipation de la mise en œuvre du Protocole n° 12 à la Convention signé à Rome le 4 novembre 2000 qui, élargissant les conditions d'application de l'article 14 de la Convention limitées « aux droits et libertés reconnus dans la Convention », dispose que « [l]a jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée sans discrimination aucune (...) » (article premier). En l'espèce, comme la majorité le reconnaît elle-même (paragraphe 32 de l'arrêt) et comme nous venons encore de le montrer, la situation dont se plaint le requérant rentre bien sous l'empire de l'article 8 de la Convention et le droit qui est reconnu en droit interne ne peut être accordé de manière discriminatoire.

2. Après avoir conclu que « l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 8, trouve à s'appliquer » (paragraphe 33 de l'arrêt), la Cour estime néanmoins que « la différence de traitement n'est pas discriminatoire au sens de l'article 14 de la Convention » (paragraphe 43 de l'arrêt). Pareil constat nous paraît contraire, en fait et en droit, aux exigences de l'article 14 de la Convention, telles qu'elles sont interprétées par la jurisprudence de la Cour.

A partir du moment où un système juridique accorde un droit, en l'espèce le droit à toute personne de demander l'agrément en vue de l'adoption, il ne peut, sans violer l'article 14 de la Convention, l'accorder de manière discriminatoire.

Dans le contexte du droit français qui autorise toute personne célibataire, homme ou femme, à formuler une demande d'adoption (article 343-1 du code civil), nous pensons que le refus de la demande d'agrément, *fondé sur l'unique motif tiré de son orientation sexuelle*, constitue

une violation de l'article 14 de la Convention. Certes, il n'est pas expressément affirmé que c'est l'homosexualité du requérant qui a fondé le refus d'agrément sollicité mais on peut néanmoins admettre, au vu du dossier, que c'est son «choix de vie» qui est la véritable motivation de ce refus. C'est d'ailleurs ce qu'a relevé la commissaire du Gouvernement, en s'exprimant en ces termes :

«Compte tenu des éléments du dossier, cette interrogation revêt le rang d'une question de principe. En effet, il n'est pas possible de régler cette affaire par une décision d'espèce car nous n'avons pas de doute, au vu des pièces qui figurent au dossier, sur le fait que M.F. possède à bien des égards de réelles aptitudes pour l'éducation d'un enfant. Le seul élément qui a conduit l'administration à refuser l'agrément est le fait que M.F. est homosexuel et qu'elle a estimé que de ce fait il ne présentait pas des garanties suffisantes quant aux conditions d'accueil d'un enfant sur les plans familial, éducatif et psychologique. Mais il ne ressort en aucune façon du dossier que M.F. ait une vie dissolue et aucun élément précis de nature à faire craindre pour l'intérêt de l'enfant n'est évoqué. Admettre la légalité du refus d'agrément dans le cas présent revient à condamner implicitement mais nécessairement à l'échec toute demande d'agrément en vue de l'adoption émanant d'un homosexuel (...).»

En ce qui concerne le champ d'application de l'article 14, la notion d'orientation sexuelle est, sans aucun doute, couverte par cette disposition, que ce soit par la discrimination en raison du «sexe» (ce qui est la position du Comité des droits de l'homme des Nations unies notamment dans la décision *Toonen c. Australie* du 4 avril 1994) ou par la discrimination en raison de «toute autre situation» (Commission européenne des Droits de l'Homme, *Sutherland c. Royaume-Uni*, n° 25186/94, rapport de la Commission du 1<sup>er</sup> juillet 1997, § 51, non publié). La Cour le reconnaît elle-même dans le présent arrêt (paragraphe 37). Par ailleurs, dans le chapitre III sur l'égalité, l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 interdit expressément «toute discrimination fondée notamment sur le sexe (...) ou sur l'orientation sexuelle». Au sein du Conseil de l'Europe, la Recommandation 1474 (2000) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe recommande au Comité des Ministres «d'ajouter l'orientation sexuelle aux motifs de discrimination prohibés par la Convention européenne des Droits de l'Homme» et «d'inviter les Etats membres à inclure l'orientation sexuelle parmi les motifs de discrimination prohibés dans leurs législations nationales». Dans sa réponse du 21 septembre 2001, le Comité des Ministres donne l'assurance à l'Assemblée qu'il continuera «à suivre la question de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle avec une grande attention». On peut dès lors raisonnablement soutenir qu'il y a aujourd'hui un consensus européen qui se dessine en la matière.

En ce qui concerne les éléments constitutifs de la discrimination, nous devons donc examiner successivement s'il existe, en l'espèce, une différence de traitement et, dans l'affirmative, si celle-ci poursuit un but

légitime et s'il existe un rapport de proportionnalité entre le but visé et les moyens employés. Toute différence de traitement n'est, en effet, pas interdite par l'article 14 de la Convention, seulement celles qui s'analysent en une discrimination. Selon la jurisprudence constante de la Cour, l'égalité de traitement est violée si la différence constatée manque «de justification objective et raisonnable».

a) Pour établir l'existence d'une différence de traitement, il faut se situer à nouveau dans le contexte du droit interne. L'agrément en vue de l'adoption est une procédure qui n'a pas pour objet de prendre une décision par rapport à un enfant mais par rapport à un parent potentiel et de vérifier l'absence dans son chef de contre-indication. Pour le reste, il revient au juge civil d'apprécier, au moment de l'officialisation d'un projet d'adoption, les intérêts en présence et, notamment, si l'intérêt réel de l'enfant est bien respecté.

En l'espèce, l'agrément en vue de l'adoption, qui peut être demandé par toute personne célibataire, a été refusé au requérant pour la seule raison de son «choix de vie» et sans justifier que ce choix mettait concrètement en péril l'intérêt d'un enfant. Sauf à considérer l'homosexualité – ou la race, par exemple – comme constituant en soi une contre-indication, l'homosexualité de M. Fretté ne pouvait justifier le refus d'agrément que s'il s'accompagnait d'un comportement préjudiciable à l'éducation d'un enfant, ce qui n'était nullement établi. En outre, dans le cas du requérant, comme il le reconnaît d'ailleurs lui-même, si l'agrément avait été accordé, il n'est pas sûr qu'un enfant aurait été placé chez lui. Mais, inversement, s'il avait été hétérosexuel ou s'il avait caché son homosexualité, il aurait certainement obtenu l'agrément puisque ses qualités personnelles ont été reconnues tout au long de la procédure.

Le refus d'agrément étant motivé par le seul critère tiré des conditions de vie du requérant, qui renvoyait implicitement mais certainement à son homosexualité, le droit garanti au requérant par l'article 343-1 du code civil est atteint sur le seul fondement de son orientation sexuelle (voir, *mutatis mutandis*, les arrêts *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, n<sup>os</sup> 33985/96 et 33986/96, CEDH 1999-VI, et *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni*, n<sup>os</sup> 31417/96 et 32377/96, § 71, 27 septembre 1999).

b) Cette différence de traitement est-elle fondée sur un but légitime? Comme la Cour l'a rappelé à de multiples reprises, seules «des considérations très fortes», des «raisons particulièrement graves» ou «particulièrement solides et convaincantes» peuvent l'amener à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement fondée sur le sexe (*Smith et Grady*, § 90, et *Lustig-Prean et Beckett*, § 82).

Comme le soutient le Gouvernement, le motif du refus de l'agrément demandé par le requérant réside dans la protection des droits et libertés de l'enfant qui aurait pu être adopté. En soi, ce but pourrait évidemment être légitime et il serait même le seul but légitime. En l'espèce, toutefois,

force est de constater que les qualités humaines et éducatives du requérant ont plusieurs fois été soulignées. Dans sa motivation, le Conseil d'Etat précise même qu'il ne ressort du dossier « aucun élément précis de nature à faire craindre pour l'intérêt de l'enfant ». Le but légitime ne se trouve donc en aucune façon, concrètement, établi.

Dans sa formulation abstraite et générale, le motif du refus de l'agrément opposé au requérant par les autorités judiciaires repose uniquement sur l'homosexualité du requérant et donc sur l'opinion qu'être élevé par des parents homosexuels serait, en tout état de cause et dans toutes les situations, dommageable pour l'enfant. Le Conseil d'Etat n'explique pas, dans un sens ou dans un autre, en se référant par exemple aux travaux scientifiques de plus en plus nombreux ces dernières années sur l'homoparentalité, pourquoi et comment l'intérêt de l'enfant s'opposait, en l'espèce, à la demande d'agrément formulée par le requérant.

c) Enfin, sur la question de la proportionnalité, nous pourrions éventuellement admettre, avec le Gouvernement, une certaine marge d'appréciation aux Etats dans le domaine sensible de l'adoption par des personnes homosexuelles. En effet, la Cour n'a pas à se substituer au jugement (ni au jugement moral) des Etats dans un domaine qui fait d'ailleurs débat dans de nombreux pays du Conseil de l'Europe, d'autant que, en France, les juridictions administratives françaises semblent aussi divisées. La Cour n'a pas davantage à se prononcer en faveur de quelque modèle familial que ce soit. En revanche, la référence dans le présent arrêt à l'absence de « dénominateur commun » dans les Etats contractants ou de « principes uniformes » quant à l'adoption par les homosexuels (paragraphe 41 de l'arrêt), ouvrant la voie à une totale marge d'appréciation des Etats, nous paraît hors de propos, contraire à la jurisprudence de la Cour dans le domaine de l'article 14 de la Convention et, sous cette forme générale, de nature à provoquer une régression dans la protection des droits fondamentaux.

La tâche de la Cour est de mettre en œuvre les droits garantis par la Convention. Elle doit exercer un contrôle sur les conditions d'application de l'article 14 de la Convention et donc examiner s'il existe, en l'espèce, un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés – l'exclusion absolue de tout parent adoptif homosexuel – et le but visé – la protection des enfants. En fait, la décision du Conseil d'Etat a constitué une décision de principe, sans se livrer précisément, concrètement, au test de proportionnalité et sans prendre en compte la situation des personnes concernées. Le refus est *absolu* et il a été prononcé sans autre explication que le choix de vie du requérant, envisagé de manière générale et *in abstracto*, qui devient en lui-même une présomption irréfragable de contre-indication à tout projet adoptif, quel qu'il soit. Une telle position empêche, radicalement, de prendre concrètement en compte les intérêts en présence et de trouver entre eux la voie d'une concordance pratique.

Au moment où tous les pays du Conseil de l'Europe s'engagent résolument dans le refus de toutes les formes de préjugé et de discrimination, nous regrettons de ne pouvoir nous joindre à l'avis de la majorité.

FRETTÉ v. FRANCE  
(*Application no. 36515/97*)

THIRD SECTION<sup>1</sup>

JUDGMENT OF 26 FEBRUARY 2002<sup>2</sup>

---

1. In its composition prior to 1 November 2001.  
2. Translation; original French.





SUMMARY<sup>1</sup>

**Unmarried homosexual refused authorisation to adopt on account of his “choice of lifestyle”**  
**Unrepresented appellant not notified of a hearing before the *Conseil d’Etat* and unable to acquaint himself with Government Commissioner’s submissions**

**Article 14 taken in conjunction with Article 8**

*Discrimination – Unmarried homosexual refused authorisation to adopt on account of his “choice of lifestyle” – Applicability of Article 14 – Right to adopt – Private life – Sexual orientation – Difference in treatment – Protection of health and rights of children – No common approach among member States – Scope of States’ margin of appreciation – Child’s interests – Objective and reasonable justification*

**Article 6 § 1**

*Fair trial – Administrative proceedings – Unrepresented appellant not notified of a hearing before the *Conseil d’Etat* and unable to acquaint himself with Government Commissioner’s submissions – Proceedings in which parties are not represented by a lawyer – Adversarial principle – Equality of arms – Obligation on States to ensure that rights guaranteed are enjoyed in an effective manner*

\*  
\* \*

The applicant made an application for prior authorisation to adopt a child. His application for the authorities to reconsider their decision to refuse authorisation was dismissed on the ground that his “choice of lifestyle” (as an unmarried homosexual) did not appear to be such as to provide sufficient guarantees that he would offer a child a suitable home. The administrative court set aside the decisions, holding that the relevant statutory provisions had been wrongly interpreted. The authorities appealed against that judgment to the *Conseil d’Etat*. The Government Commissioner submitted that the authorities’ application to have the judgment set aside was well-founded. The *Conseil d’Etat* set aside the administrative court’s judgment and, ruling on the merits, rejected the applicant’s application for authorisation to adopt. It held, in particular, that the applicant, “regard being had to his lifestyle and despite his undoubted personal qualities and aptitude for bringing up children”, did not provide the requisite safeguards – from a child-rearing, psychological and family perspective – for adopting a child. The applicant, who had decided not to appoint a lawyer, as was his right under domestic law, was not notified of the hearing before the *Conseil d’Etat* and did not attend it.

---

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

*Held*

(1) Article 14 taken in conjunction with Article 8: The Convention did not guarantee the right to adopt as such. In the instant case, the decision to dismiss the applicant's application for prior authorisation to adopt had not in itself infringed his right to the free expression and development of his personality or the manner in which he led his life, in particular his sexual life. However, domestic law authorised all single persons to apply for adoption provided that they were granted prior authorisation and, by dismissing the applicant's application on the ground of his "choice of lifestyle", the national authorities had implicitly yet undeniably applied a criterion that made his homosexuality the decisive factor. There had therefore been a difference in treatment in respect of the applicant's rights under domestic law on the decisive ground of his sexual orientation, a concept which was covered by Article 14. Accordingly, Article 14 of the Convention, taken in conjunction with Article 8, was applicable. The decisions to reject the applicant's application for authorisation had pursued a legitimate aim, namely to protect the health and rights of children who might be adopted. As to whether the difference in treatment was justified, there was no common approach among the legal systems of the Contracting States in that regard and so the States enjoyed a broad margin of appreciation when ruling on such matters. At issue here were the competing interests of the applicant and children who were eligible for adoption. It was for the State to see to it that the persons chosen to adopt were those who could offer the child the most suitable home in every respect, subject to review by the Court of the conformity of its decisions with Article 14. In the circumstances of the case, the national authorities had been legitimately and reasonably entitled to consider that the right to be able to adopt on which the applicant had relied was limited by the need to protect the best interests of children eligible for adoption. The justification given for the decision to refuse authorisation appeared objective and reasonable and so there had been no discrimination within the meaning of the Convention.

*Conclusion:* no violation (four votes to three).

(2) Article 6 § 1: The applicant, who had decided to exercise his right not to appoint a lawyer, for which express provision was made in domestic law, was, according to his submissions, not notified of the hearing and so did not attend it. The applicant could not legitimately be expected to pay regular visits to the registry of the *Conseil d'Etat* to check whether his case was listed on the notice boards on which sittings were displayed. Moreover, such a requirement would not have been compatible with the "diligence" which the Contracting States were expected to exercise to ensure that the rights guaranteed by Article 6 were enjoyed in an effective manner. Thus, the applicant had not been able to acquaint himself with the Government Commissioner's submissions because he had not been notified of the hearing. Nor, since he had not been represented by a lawyer, had he been able to establish the general tenor of those submissions before the hearing. As a result he had been denied the opportunity to submit a memorandum for the deliberations in reply. Thus, the applicant had been denied a fair trial in the context of adversarial proceedings.

*Conclusion:* violation (unanimously).

Article 41: The Court awarded the applicant a specified sum for costs and expenses.

**Case-law cited by the Court**

- X v. Belgium and the Netherlands*, no. 6482/74, Commission decision of 10 July 1975, Decisions and Reports 7
- National Union of Belgian Police v. Belgium*, judgment of 27 October 1975, Series A no. 19
- Schmidt and Dahlström v. Sweden*, judgment of 6 February 1976, Series A no. 21
- Engel and Others v. the Netherlands*, judgment of 8 June 1976, Series A no. 22
- Marckx v. Belgium*, judgment of 13 June 1979, Series A no. 31
- Rasmussen v. Denmark*, judgment of 28 November 1984, Series A no. 87
- Colozza v. Italy*, judgment of 12 February 1985, Series A no. 89
- Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, judgment of 28 May 1985, Series A no. 94
- Johnston and Others v. Ireland*, judgment of 18 December 1986, Series A no. 112
- Inze v. Austria*, judgment of 28 October 1987, Series A no. 126
- Scuderi v. Italy*, judgment of 24 August 1993, Series A no. 265-A
- Karlheinz Schmidt v. Germany*, judgment of 18 July 1994, Series A no. 291-B
- Johansen v. Norway*, judgment of 7 August 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-III
- Manoussakis and Others v. Greece*, judgment of 26 September 1996, *Reports* 1996-IV
- Vacher v. France*, judgment of 17 December 1996, *Reports* 1996-VI
- Nideröst-Huber v. Switzerland*, judgment of 18 February 1997, *Reports* 1997-I
- Van Raalte v. the Netherlands*, judgment of 21 February 1997, *Reports* 1997-I
- Van Orshoven v. Belgium*, judgment of 25 June 1997, *Reports* 1997-III
- Di Lazzaro v. Italy*, no. 31924/96, Commission decision of 10 July 1997, Decisions and Reports 90-B
- Petrovic v. Austria*, judgment of 27 March 1998, *Reports* 1998-II
- J.J. v. the Netherlands*, judgment of 27 March 1998, *Reports* 1998-II
- K.D.B. v. the Netherlands*, judgment of 27 March 1998, *Reports* 1998-II
- Nikolova v. Bulgaria* [GC], no. 31195/96, ECHR 1999-II
- E.P. v. Italy*, no. 31127/96, 16 November 1999
- Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, no. 33290/96, ECHR 1999-IX
- Thlimmenos v. Greece* [GC], no. 34369/97, ECHR 2000-IV
- Coëme and Others v. Belgium*, nos. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 and 33210/96, ECHR 2000-VII
- Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France* [GC], no. 27417/95, ECHR 2000-VII
- Kress v. France* [GC], no. 39594/98, ECHR 2001-VI



**In the case of Fretté 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 P. KÜRIS,

Mrs F. TULKENS,

Mr K. JUNGWIERT,

Sir Nicolas BRATZA,

Mr K. TRAJA, *judges*,

and Mrs S. DOLLÉ, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 2 October 2001 and 30 January 2002,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 36515/97) against the French Republic lodged with the European Commission of Human Rights (“the Commission”) under former Article 25 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a French national, Mr Philippe Fretté (“the applicant”), on 1 April 1997.

2. The applicant alleged, in particular, that the decision to dismiss his application for authorisation to adopt amounted to an arbitrary interference with his private and family life, within the meaning of Article 8 of the Convention, and that it was based exclusively on an unfavourable prejudice about his sexual orientation. He also complained that he had not been notified of the hearing held by the *Conseil d’Etat* and that he had not been given access to the Government Commissioner’s submissions prior to the hearing, in breach of Articles 6 and 13 of the Convention.

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 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. By a decision of 12 June 2001 the Chamber declared the application partly admissible<sup>1</sup>.

---

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

6. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 2 October 2001 (Rule 59 § 2).

There appeared before the Court:

- (a) *for the French Government* (“the Government”)  
 Mr R. ABRAHAM, Director of Legal Affairs,  
 Ministry of Foreign Affairs, *Agent*,  
 Mrs L. DELAHAYE, *magistrat*, on secondment to the Human  
 Rights Section of the Legal Affairs Department,  
 Ministry of Foreign Affairs,  
 Mrs H. DAVO, *magistrat*, on secondment to the Human  
 Rights Office, European and International  
 Affairs Department, Ministry of Justice,  
 Mrs A. OUI, Principal Administrative Assistant,  
 Social Services Department, *Counsel*;  
 Ministry of Employment and Solidarity,
- (b) *for the applicant*  
 Mr R. WINTEMUTE, Reader in Law,  
 King’s College, *Approved Representative*,  
 University of London,  
 Mr T. FORMOND, doctoral student  
 in private law,  
 University of Paris X (Nanterre),  
 Mr S. GARNERI, doctoral student in public law,  
 University of Aix-en-Provence, *Advisers*.

7. The Court heard addresses by Mr Wintemute and Mr Abraham.

8. On 1 November 2001 the Court changed the composition of its Sections (Rule 25 § 1), but this case remained with the Chamber constituted within the former Third Section.

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

9. In October 1991 the applicant made an application for prior authorisation to adopt a child. A social inquiry was opened by the Paris Social Services, Child Welfare and Health Department. On 18 December 1991 the applicant had a first interview with a psychologist from the Department, during which he revealed that he was a homosexual. He submits that during the interview he was strongly urged not to continue with the adoption process.

10. In a decision of 3 May 1993 the Paris Social Services Department rejected the applicant's application for authorisation to adopt. The reasons given for the decision were that the applicant had "no stable maternal role model" to offer and had "difficulties in envisaging the practical consequences of the upheaval occasioned by the arrival of a child". The decision was taken on the basis of various inquiries leading, among other things, to a social services report of 2 March 1993, which included the following statements:

"... Mr Fretté seems to us to be a sensitive, thoughtful man who shows consideration for others. He discusses his emotional life and his homosexuality with a great deal of honesty and simplicity. He spoke to us of a number of relationships which have had a major impact on his life, particularly one with a male friend who has now died. It should be added that he is now the auxiliary guardian of this friend's child. ...

His humanistic, altruistic cast of mind prompts him to take an interest in the problems of the Third World. He sponsors two Tibetan children, one of whom is a baby.

He is able to talk sensibly and intelligently about the boy over whom he has guardianship. He is not personally responsible for the boy, who is in the care of his grandmother, but he plays a highly active part in his upbringing. His ideas about bringing up children are well thought out and imbued with a spirit of tolerance.

Mr Fretté has been thinking about adopting since 1985. He is aware that his homosexuality may be an obstacle to being granted authorisation to adopt because of the prevailing views of society.

In his opinion, his choice of emotional and sexual lifestyle has no bearing on his desire to bring up a child. His application is a personal undertaking not a militant gesture.

Since 1985 he has met many homosexual men with children.

He even once considered having a child with a female friend but the plan came to nothing because of a lack of maturity on both sides. This friend is nonetheless still very interested in Mr Fretté's plan to adopt and has even promised to act as a female role model for the child.

Mr Fretté's application to adopt a child is motivated by a desire to provide a child with affection and a proper upbringing. In his view the essential thing is to love and care for a child, adoption, for him, being no more than a social and legal procedure.

Mr Fretté has the support of the friends around him. It seems, however, that his family either do not know of his plans or have misgivings about them.

His desire for a child is genuine but he has difficulties in envisaging the practical consequences of the upheaval occasioned by the arrival of a child. For example, it was only when we visited his home that he realised how unsuitable his flat is for a child to live in. As a result he began considering the possibility of moving.

When questioned as to how he regarded his role in society as a single father he said he did not have an answer. He considers himself capable of managing the day-to-day life of a child and thinks that he will in due course find the answers to the questions about his homosexuality and the absence of an adoptive mother that will occur to the child as he or she grows up.

Mr Fretté is perfectly aware of the importance of telling the child about his parentage. He shows understanding towards women who are impelled to abandon their children. He refuses to have any fixed ideas about the characteristics of the child he would like to adopt.

Nonetheless, he has been thinking that he would prefer as young a baby as possible and that he may begin searching in Korea or Vietnam.

Mr Fretté has undoubted personal qualities and an aptitude for bringing up children. A child would probably be happy with him. The question is whether his particular circumstances as a single homosexual man allow him to be entrusted with a child."

11. On 21 May 1993 the applicant asked the authorities to reconsider their decision but his application was dismissed by a decision of 15 October 1993 indicating, among other things, that the applicant's "choice of lifestyle" did not appear to be such as to provide sufficient guarantees that he would offer a child a suitable home from a family, child-rearing and psychological perspective.

12. On the same day the applicant lodged an application for judicial review of that decision with the administrative court, seeking to have the decisions dismissing his application for authorisation quashed.

13. In a judgment of 25 January 1995 the Paris Administrative Court set aside the decisions refusing the applicant authorisation, citing the following grounds, *inter alia*:

"In dismissing Mr Fretté's application for authorisation to adopt a child, the main reasons given by the authorities were that Mr Fretté had 'no stable maternal role model' to offer and found it difficult 'to envisage the practical consequences of the upheaval occasioned by the arrival of a child'. The first reason is a circumlocution, by which the authorities could only have meant to refer to Mr Fretté's unmarried status, which could be lawfully relied on in support of the impugned decision but, under the provisions of Article 9, paragraph 2, of the decree of 23 August 1985, could not lawfully constitute the sole reason for the decision. Neither is there any evidence in the case file to substantiate the second reason given, which seems in fact to be erroneous in view of the information provided in the reports drawn up by the social services.

The reason given for the decision of 15 October 1993, by which the Director of Social Services, Child Welfare and Health dismissed Mr Fretté's appeal and confirmed the initial decision examined above, was Mr Fretté's 'choice of lifestyle'. Through this euphemistically worded reason the authorities were alluding to Mr Fretté's homosexuality. As the authorities themselves acknowledge in their defence pleadings, this aspect of Mr Fretté's personality could only have constituted a reason to refuse authorisation if it had been combined with conduct that was prejudicial to the child's upbringing.

The social services report prepared by Mrs S. and Mrs D. credits Mr Fretté with 'undoubted personal qualities and an aptitude for bringing up children', finds that 'a child would probably be happy with him' and only raises a question as to the compatibility of Mr Fretté's adoption plans with the 'particular circumstances' of his being 'a single homosexual man'. The social inquiry conducted by the French Vice-Consul's deputy in London noted Mr Fretté's educational skills, which he shows as much in his private life as in his professional activities. The psychiatrist, Dr D.,



detected 'no psychological impediment' to Mr Fretté's plan and although the psychologist, Mrs O., recommended that authorisation be refused, she gave no reason for her opinion and drew attention elsewhere in her report to 'Mr Fretté's affective qualities and aptitude for bringing up children and his deep understanding of adoption-related issues'.

Whereas the social services reports produced included information, particularly with regard to Mr Fretté's family, which, since they could have no valid bearing on the authorities' decision, infringed his right to respect for his private life, none of the documents included in the case file made it possible to establish or even suggest that Mr Fretté's lifestyle reflected a lack of moral rigour or emotional stability, or a risk that he would abuse the adoption process, or any other conduct indicating that his plan to adopt presented a risk to any child he might adopt.

Thus, those who took the contested decisions in the instant case wrongly interpreted the provisions cited above. Mr Fretté's application to have the aforementioned decisions of 3 May and 15 October 1993 set aside is well-founded."

14. The Paris Social Services appealed against that judgment to the *Conseil d'Etat*.

15. The Government Commissioner, Mrs C. Maugüe, made her submissions at the hearing of 16 September 1996. She submitted that the Paris Social Services' application to have the contested judgment set aside was well-founded, addressing the court as follows:

"The case raises the following question: In spite of Mr F.'s undoubted personal and intellectual qualities, did the authorities have good reason to consider that he did not provide sufficient guarantees to offer a child a home because of his choice of lifestyle?"

In the light of the information in the case file, this question is elevated to a matter of principle. This case does not turn on its own facts because the documents in the case file leave me in no doubt that in many respects Mr F. has a genuine aptitude for bringing up children. The only thing that prompted the authorities to refuse authorisation was the fact that Mr F. was a homosexual and therefore that he did not provide sufficient guarantees that he would offer a child a suitable home from a psychological, child-rearing and family point of view. However, nothing in the case file suggests in any way that Mr F. leads a dissolute life and neither is there any reference in it to any specific circumstance that might pose a threat to the child's interests. Accepting the lawfulness of the refusal of authorisation in the instant case would implicitly but necessarily doom to failure all applications for authorisation to adopt by homosexuals ...

It is certain that a number of factors would tend to indicate that the Paris Social Services made an error in assessing the evidence.

The first and undoubtedly the strongest argument is that since the major reform of the laws on adoption introduced by the Act of 11 July 1966, single persons, whether men or women, have been entitled to adopt. ...

Deciding ... by judicial interpretation that an unmarried homosexual man does not provide sufficient guarantees from a psychological and family perspective to adopt a child introduces discrimination between adoption candidates on grounds of their choice of private life which was not expressly intended by Parliament.

The second argument in favour of the Administrative Court's ruling is that a person's right to lead the sex life of his or her choice should not, of course, be contested. This is one of the key components of the right to respect for private life guaranteed, *inter alia*, by Article 8 of the European Convention on Human Rights and Article 9 of the Civil Code. There is no longer any discrimination against homosexuality at domestic level ...

Thirdly, an examination of the case-law of the ordinary courts with regard to granting custody of the children of divorced couples and the exercise of parental authority shows that the ordinary courts take a broadly pragmatic approach in this area and attempt to avoid the pitfalls of an overly categorical approach. Thus, they do not hesitate, where the specific circumstances of the case so require, to accord visiting rights to homosexual parents or even to grant them custody or the right to exercise parental authority. For example, in a case in which it was established that there were upheavals in the mother's household, that there was no evidence of any physical danger to the child in the father's household, that the father lived in a stable relationship with another man and that the child was thriving in his father's home, custody was granted to the father (Pau Court of Appeal, 25 April 1991, no. 91-40734). Conversely, another court found that a father who had 'immoral homosexual relations incompatible with the exercise of parental authority' could not exercise that authority (Rennes Court of Appeal, 27 September 1989, no. 89-48660). Similarly, in a judgment in which it was found that, because of the father's homosexual practices, it would be particularly dangerous for the moral and physical well-being of his children to spend their holidays with him, it was held that there were serious grounds to justify refusing the father that right (First Civil Division of the Court of Cassation ('Cass. civ. I'), 13 January 1988, no. 86-17784). More recently the Court of Cassation granted a homosexual donor parental authority over a child born by artificial insemination to a mother who was herself involved in a homosexual relationship (Cass. civ. I, 9 March 1994, *M<sup>me</sup> L. c. M. L.*; D 1995.197 note E. Monteiro; D 1995 summary 131, observations by D. Bourgault-Coudeyville). The courts do not therefore presume that because someone is a homosexual, he or she is disqualified from exercising parental rights. The discussion focuses mainly on the child's interests and the dangers that such circumstances may pose to the child's mental health.

Lastly, authorisation is merely an administrative decision taken prior to the adoption process. ...

2.2. Nonetheless, I consider, for a number of reasons, that the Paris Social Services did not commit any error in assessing the evidence when it held that Mr F. did not provide the necessary guarantees. A number of factors led me to this conclusion.

Firstly, the right of everyone to the sex life of their choice should not be confused with a hypothetical right to have children. ...

Secondly, the pertinence of the comparison with the case-law on custody of children and parental authority is clearly limited. The examples cited above relate only to a previously established family tie or one which corresponds to an actual line of descent. It is one thing to preserve a filial tie between a child and parents who are separating or who wish to confirm their links with him or her but another to allow the establishment of a family tie between a child and an adult out of nothing ...

Thirdly, the question whether a child is in danger of being psychologically disturbed by his relationship with an adult who cannot offer him or her the reference point of a distinct father and mother, in other words a model of sexual difference, is a very difficult one which divides psychiatrists and psycho-analysts. Adopted children are all the more in need of a stable and fulfilling family environment because they have been deprived of

their original family and have already suffered in the past. This makes it all the more important that they do not encounter any further problems within their adopted family. ...

There is no agreement on the answer to that question. If there is any consensus it lies instead in the growing awareness that the rights of the child set the limits of the right to have children and that the child's interests cannot always be reconciled with current developments. This being so, I believe that when dealing with such a sensitive question, whose implications are more ethical and sociological than legal, it is up to Parliament to take a stance on what amounts to a choice for society. The courts, for their part, should not be anticipating shifts in public opinion, but responding to them.

This brings me to my fourth argument, which is that the question whether one or more homosexuals should be entitled to adopt is not one which Parliament can be said to have determined. ...

Fifthly, there should be no underestimating the part that authorisation plays in the adoption procedure. Admittedly, this is only one stage in the adoption process but it is a crucial one because the adoption cannot go ahead without it. ...

It should be added, as a concluding remark regarding authorisation, that I am aware that what I propose has the drawback that it appears to encourage candidates for adoption to conceal the truth if they feel that their choice of lifestyle amounts to an absolute impediment to their being granted authorisation. However, there are two reasons why I think that this problem can be overcome. Firstly, the question will not arise very often because, as was mentioned above, the scarcity of children eligible for adoption compared to the demand usually prompts the social services to reject requests from single candidates. Secondly, the aim of the inquiries conducted prior to the granting of authorisation is precisely to ensure that the candidate can offer a child a suitable home and this inevitably means that the experts investigate his or her private life. Although the inquisitorial nature of these inquiries has sometimes been condemned (see for example J. Rubellin-Devichi, *Revue française de droit administratif*, 1992, pp. 904 et seq.), they do have the merit of ensuring that authorisation is then granted in full knowledge of the facts.

My final argument is that if you have any remaining scruples about the fact that in considering the legality of a refusal of authorisation you are ruling on a matter which it is usually for the ordinary courts to decide in their capacity as the judges of matters of personal status, your scruples may be partly allayed by the fact that the position you will be taking will not entirely prevent the ordinary courts from authorising the adoption of a child by a homosexual in certain cases if they consider it compatible with the child's interests. When the new law on adoption was introduced recently, a new Article 353-1 was added to the Civil Code, the second paragraph of which provides that if authorisation is refused or not granted within the statutory time, the courts may approve the adoption if they consider that the applicants are capable of providing the child with a suitable home and that this is compatible with the child's interests. ...

It follows from the foregoing that the Paris Social Services are justified in maintaining that the Paris Administrative Court was wrong to rule in the judgment appealed against that the two impugned decisions should be set aside."

16. In a judgment of 9 October 1996 the *Conseil d'Etat* set aside the Administrative Court's judgment and, ruling on the merits, rejected the

applicant's application for authorisation to adopt. It decided, *inter alia*, as follows:

"In a decision of 3 May 1993, upheld by a further decision of 15 October 1993 in response to an application for reconsideration, the chairman of the Paris Council ... rejected Mr Fretté's application for authorisation to adopt a child on the ground that although the applicant's choice of lifestyle was to be respected, the type of home that he was likely to offer a child could pose substantial risks to the child's development. From the information in the case file, particularly the evidence gathered when Mr Fretté's application was being considered, it emerges that Mr Fretté, regard being had to his lifestyle and despite his undoubted personal qualities and aptitude for bringing up children, did not provide the requisite safeguards – from a child-rearing, psychological and family perspective – for adopting a child. The Paris Administrative Court was thus wrong, when setting aside the contested decisions, to rely on the argument that, in refusing the authorisation sought by Mr Fretté on the aforementioned ground, the chairman of the Paris Council had applied these provisions incorrectly.

However, since the appeal procedure has had the effect of transferring all the issues of fact and law to the *Conseil d'Etat*, it is for the latter to examine the other submissions made by Mr Fretté before the Paris Administrative Court. ... The grounds given for the contested decisions satisfy the requirements of the law. ..."

## II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

### A. Regulations and information relating to the adoption procedure

17. The relevant provisions of the Civil Code provide as follows:

#### Article 343

"Adoption may be applied for by a married couple who have not been judicially separated and have been married for more than two years or are both over twenty-eight years of age."

#### Article 343-1

"Adoption may also be applied for by any person over twenty-eight years of age." (the age-limit was thirty at the material time, namely prior to the adoption of Law no. 96-604 of 5 July 1996)

18. The Family and Social Welfare Code lays down the rules on the taking of children into State care and the conditions for their adoption. It describes the authorisation procedure as follows:

#### Article 63

"... Children in State care may be adopted by persons given custody of them by the social services wherever the emotional ties that have been established between them warrant such a measure or by persons granted authorisation to adopt by the head of the children's welfare service under the conditions laid down by decree ..."

**Article 100-3**

"Persons wishing to provide a home for a foreign child with a view to his or her adoption shall apply for the authorisation contemplated in Article 63 of this Code."

19. Decree no. 85-938 of 23 August 1985 established the arrangements for appraising applications for authorisation to adopt a child in State care as follows:

**Article 1**

"Any person wishing to obtain the authorisation contemplated in the second paragraph of Article 63 of the Family and Social Welfare Code must submit an application to that end to the head of the children's welfare service of the *département* in which he or she resides."

**Article 4**

"In order to assess the application, the head of the children's welfare service shall conduct all the investigations required to ascertain what kind of home the applicant is likely to offer the children from a psychological, child-rearing and family perspective ..."

**Article 9**

"Decisions to refuse authorisation must be supported by reasons as laid down in section 3 of the Law of 11 July 1979 cited above. The applicant's age or matrimonial status or the presence of children in his or her household may not constitute the sole reason for a refusal."

**Article 11**

"The decision by the head of the children's welfare service shall apply for three years. A further application for authorisation may be made when that period has expired. Further applications shall be assessed under the same procedure. ..."

20. According to data collected by the French authorities, some 11,500 applications for authorisation were made in 1999. About 8,000 applications were examined that year and the usual average of some 10% were rejected. At the time there were around 2,000 children in State care awaiting adoption. In 1999 the authorities issued some 4,000 visas to foreign children following their adoption by persons residing in France.

**B. Notification of hearings before the *Conseil d'Etat***

21. At the material time, Article 55 of the Decree of 30 July 1963 on the organisation and functioning of the *Conseil d'Etat* required lawyers to be advised at least four days before the sitting if any cases in which they were due to appear were on the list of cases to be heard and to be notified of the issues raised in reports to the *Conseil d'Etat*. The obligation to notify therefore applied only in respect of lawyers.

22. As regards private individuals, a decision of the *Conseil d'Etat* of 16 March 1966 (Paisnel, Reports, p. 216) pointed out:

“There is no rule stating that appellants must receive [notice of the date on which their case is to be heard]. If they have not appointed a legal representative, it is for them to ask to be notified of the date on which their case is to be heard or to consult the notice boards installed for this purpose at the registry of the Judicial Division.

This rule, which provides that the parties are summoned to the hearing only if they have appointed a lawyer, should be seen in the light of the rule laid down in section 67 of the Ordinance of 31 July 1945, under which only members of the Court of Cassation and the *Conseil d'Etat* Bar (the *avocats aux conseils*) may plead during hearings before these courts.”

23. Since 1 January 2001 all parties to proceedings before the *Conseil d'Etat* have been automatically informed of the date of the hearing. As in the past, the lists of cases for hearing are displayed at the Judicial Division secretariat and so are accessible to the public.

24. At the hearing the Government Commissioner speaks after counsel for the opposing parties have addressed the court and so the parties to the case cannot speak after him (see *Kress v. France* [GC], no. 39594/98, § 48, ECHR 2001-VI). Even if they are not represented by a lawyer, they do, however, have the possibility, hallowed by usage, of sending the trial bench a “memorandum for the deliberations” to supplement the observations they have made orally or to reply to the Government Commissioner’s submissions. This memorandum for the deliberations is read out by the reporting judge before he reads out the draft judgment and before the discussion begins.

25. By section 45 of the Ordinance of 1945, cases for which it is not compulsory to be represented by a lawyer include applications for judicial review of the decisions of the various administrative authorities.

## THE LAW

### I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLES 8 AND 14 OF THE CONVENTION

26. The applicant alleged that the rejection of his application for authorisation to adopt had implicitly been based on his sexual orientation alone. He argued that that decision, taken in a legal system which authorised the adoption of a child by a single, unmarried adoptive parent, effectively ruled out any possibility of adoption for a category of persons defined according to their sexual orientation, namely homosexuals and bisexuals, without taking any account of their individual personal qualities or aptitude for bringing up children.

Referring to the procedure adopted by the Court in *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal* (no. 33290/96, ECHR 1999-IX), the applicant considered it appropriate to place the issue in the context of Article 14 of the Convention. He alleged that he was the victim of discrimination on the ground of his sexual orientation, in breach of Article 14 taken in conjunction with Article 8. In view of the inevitability of the conclusion on that point, he did not deem it necessary for the Court to determine whether there had been a breach of Article 8 taken alone.

The relevant parts of the Articles in question provide:

**Article 14**

“The enjoyment of the rights and freedoms set forth in [the] Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex ...”

**Article 8**

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

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society ... for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

**A. Applicability of Article 14 taken in conjunction with Article 8**

27. As the Court has consistently held, Article 14 complements the other substantive provisions of the Convention and its Protocols. It has no independent existence since it has effect solely in relation to “the enjoyment of the rights and freedoms” safeguarded by those provisions. Although the application of Article 14 does not presuppose a breach of those provisions – and to this extent it is autonomous – there can be no room for its application unless the facts at issue fall within the ambit of one or more of the provisions of the Convention (see, among many other authorities, *Petrovic v. Austria*, judgment of 27 March 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-II, p. 585, § 22, and *Van Raalte v. the Netherlands*, judgment of 21 February 1997, *Reports* 1997-I, p. 184, § 33).

28. While he accepted that the right to respect for private and family life did not include the right of any unmarried person to adopt a child, the applicant submitted that the refusal of authorisation to adopt had infringed his right to respect for his private life without discrimination on the ground of his sexual orientation. He considered that an examination of the French authorities’ decisions revealed that the decision to refuse authorisation had been based on his sexual orientation alone. The only way of avoiding that conclusion would be to show that the decision had been based on another ground which would have been

applied in the same way to an unmarried single person, whether a heterosexual or a homosexual who had kept his homosexuality secret, with the same personal qualities and aptitude for bringing up children as had been recognised in himself. The fact was that there was no such ground. While the decision of 3 May 1993 had mentioned his difficulties in “envisaging the practical consequences of the upheaval occasioned by the arrival of a child” and the lack of a “stable maternal role model”, it had to be said that those grounds had not been taken up again subsequently. Moreover, the Administrative Court had found that none of the evidence in the case file substantiated the first ground and had interpreted the second as “a circumlocution ... which ... could not legally constitute the sole reason for the decision”. As for the ground of the child’s interests on which the Government relied, it had to be said that no specific child had been identified during the authorisation procedure and therefore that it applied to all the children in the world who might be in need of an adoptive parent or parents. To exclude all unmarried homosexuals from adoption on the ground that that was in the interest of any child who might be in need of adoptive parents showed that the difference in treatment was based on sexual orientation.

Pointing out that sexual orientation is “a most intimate part of an individual’s private life” (see *Smith and Grady v. the United Kingdom*, nos. 33985/96 and 33986/96, ECHR 1999-VI), the applicant maintained that practically any difference in treatment based on sexual orientation amounted to interference in a homosexual’s private life because it required him to choose between denying his sexual orientation or being penalised, unlike anybody else. The fact that the decisions taken by the French authorities with respect to the applicant’s application for authorisation meant that anyone who revealed their homosexuality relinquished all possibility of adoption was particularly serious. An individual’s private life was hardly respected if he was obliged to forgo a possibility available to any unmarried heterosexual in France, namely that of becoming a parent, if he wished to remain true to his sexual orientation. All the circumstances of which the applicant complained therefore fell within the ambit of Article 8 (see, *mutatis mutandis*, *Thlimmenos v. Greece* [GC], no. 34369/97, ECHR 2000-IV). The applicant added, in the alternative, that adoption was a prospective family life which could fall within the ambit of Article 8 of the Convention for the purposes of Article 14.

29. The Government maintained, on the contrary, that the dispute did not fall within the scope of the Convention. Article 8 of the Convention did not safeguard aspirations, yet to be fulfilled, to found a family. Refusing to grant a person prior administrative approval for a possible adoption was not a decision that interfered with a person’s private life and so it did not fall within the scope of Article 8. While respect for private life should also



comprise “to a certain degree the right to establish and develop relationships with other human beings” (see *Niemietz v. Germany*, judgment of 16 December 1992, Series A no. 251-B, p. 33-34, § 29), the right to adopt was not included as such among the rights guaranteed by the Convention (see *Di Lazzaro v. Italy*, no. 31924/96, Commission decision of 10 July 1997, Decisions and Reports (DR) 90-B, p. 134).

In the Government’s opinion, the applicant was fostering confusion between the reasons for the refusal of authorisation, which he believed to have been based on his sexual orientation, and the actual object of the decision to dismiss his request which did not in itself amount to an interference in his private life. With regard to the latter point, the Government noted that the case did not concern a dispute over an existing situation, as had been true in the cases cited by the applicant, but a request relating to his future life, so that he could not allege that any right had been infringed. What the applicant sought was not recognition – and protection – of a right within the sphere of his private life but recognition of the mere potential or possibility for him to become an adoptive father.

As to the reasons for refusing authorisation, the Government noted that neither the decision of 3 May 1993, which referred only to the absence of a stable maternal role model and the applicant’s difficulties in assessing the day-to-day consequences of an adoption, nor that of 15 October 1993, which alluded only to his “choice of lifestyle”, contained the slightest indication that they were taken solely on the basis of his sexual orientation. The same was true of the Administrative Court’s judgment and the *Conseil d’Etat*’s ruling, even though they differed in terms of the solution adopted. While there was no doubt that the expression “choice of lifestyle” did include sexual orientation, it did not refer to that aspect alone but also covered other factors that tended to indicate that the applicant was not equipped to offer a child a suitable home from a psychological, child-rearing and family perspective.

The Government argued on that basis that Article 8 was not applicable in the instant case. Consequently, there had been no violation of Article 14, which had no independent existence.

30. In the case before it, the Court must therefore determine whether the facts of the case fall within the scope of Article 8 and hence of Article 14 of the Convention.

31. The Court has repeatedly held that Article 14 of the Convention is pertinent if “the subject-matter of the disadvantage ... constitutes one of the modalities of the exercise of a right guaranteed ...” (see *National Union of Belgian Police v. Belgium*, judgment of 27 October 1975, Series A no. 19, p. 20, § 45), or the contested measures are “linked to the exercise of a right guaranteed ...” (see *Schmidt and Dahlström v. Sweden*, judgment of 6 February 1976, Series A no. 21, p. 17, § 39). For Article 14 to be applicable, it is

enough for the facts of the case to fall within the ambit of one or more of the provisions of the Convention (see *Thlimmenos*, cited above, and *Inze v. Austria*, judgment of 28 October 1987, Series A no. 126, p. 17, § 36).

32. The Court notes that the Convention does not guarantee the right to adopt as such (see *Di Lazzaro*, cited above, and *X v. Belgium and the Netherlands*, no. 6482/74, Commission decision of 10 July 1975, DR 7, p. 75). Moreover, the right to respect for family life presupposes the existence of a family and does not safeguard the mere desire to found a family (see *Marckx v. Belgium*, judgment of 13 June 1979, Series A no. 31, pp. 14-15, § 31, and *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, judgment of 28 May 1985, Series A no. 94, p. 32, § 62). In the instant case, the decision to dismiss the applicant's application for authorisation could not be considered to infringe his right to the free expression and development of his personality or the manner in which he led his life, in particular his sexual life.

However, French domestic law (Article 343-1 of the Civil Code) authorises all single persons – whether men or women – to apply for adoption provided that they are granted the prior authorisation required to adopt children in State care or foreign children, and the applicant maintained that the French authorities' decision to reject his application had implicitly been based on his sexual orientation alone. If this is true, the inescapable conclusion is that there was a difference in treatment based on the applicant's sexual orientation, a concept which is undoubtedly covered by Article 14 of the Convention (see *Salgueiro da Silva Mouta*, cited above, § 28). The Court also reiterates, in this connection, that the list set out in this provision is illustrative and not exhaustive, as is shown by the words "any ground such as" (in French "notamment") (see *Engel and Others v. the Netherlands*, judgment of 8 June 1976, Series A no. 22, pp. 30-31, § 72).

It is for the Court to determine therefore whether, as the applicant maintained, his avowed homosexuality had a decisive influence. The Court concedes that the reason given by the French administrative and judicial authorities for their decision was the applicant's "choice of lifestyle", and that they never made any express reference to his homosexuality. As the case file shows, however, that criterion implicitly yet undeniably made the applicant's homosexuality the decisive factor. That conclusion is borne out by the views expressed by the Paris Administrative Court in its judgment of 25 January 1995 and the Government Commissioner in her submissions to the *Conseil d'Etat*. The applicant's right under Article 343-1 of the Civil Code, which falls within the ambit of Article 8 of the Convention, was consequently infringed on the decisive ground of his sexual orientation.

33. Accordingly, Article 14 of the Convention, taken in conjunction with Article 8, is applicable.

## B. Compliance with Article 14 taken in conjunction with Article 8

34. According to the Court's case-law, a difference in treatment is discriminatory for the purposes of Article 14 if it "has no objective and reasonable justification", that is if it does not pursue a "legitimate aim" or if there is not a "reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised" (see, among other authorities, *Karlheinz Schmidt v. Germany*, judgment of 18 July 1994, Series A no. 291-B, pp. 32-33, § 24, and *Van Raalte*, cited above, p. 186, § 39). In that connection, the Court observes that the Convention is a living instrument, to be interpreted in the light of present-day conditions (see, among other authorities, *Johnston and Others v. Ireland*, judgment of 18 December 1986, Series A no. 112, pp. 24-25, § 53).

35. According to the applicant, the difference in treatment in the present case could not be based on an objective and reasonable justification. Pointing out that where sexual orientation was at issue, there was a need for particularly convincing and weighty reasons (see *Lustig-Prean and Beckett v. the United Kingdom*, nos. 31417/96 and 32377/96, 27 September 1999, and *Smith and Grady* and *Salgueiro da Silva Mouta*, cited above), he submitted that nothing could reasonably justify his being totally barred from adopting. Although the Government referred to the child's interests, what was at stake in the instant case was not a specific child's interests but those of all the children in the world who might be in need of adoptive parents. The irrebuttable presumption that no homosexual provided sufficient guarantees to offer a suitable home to an adopted child which was the logical corollary of the reference to such an interest reflected a social prejudice and the irrational fear that children brought up by homosexuals would be "at greater risk of becoming homosexuals themselves or developing psychological problems" and the belief that they would also suffer at all events from other people's homophobic prejudices towards their adoptive parent. Through the assumption that homosexuals were less loving and attentive parents, social prejudice denied the common humanity of heterosexuals and homosexuals – although the latter had the same feelings and aptitudes. Numerous scientific studies had demonstrated the irrationality of that assumption and none had provided any evidence of the supposed "uncertainties that would affect the child's development" if he was adopted by a homosexual – uncertainties on which the Government's argument was based.

The applicant argued that although a child in that situation might be stigmatised in the short term, that did not create a higher risk of problems in the long term and children learnt to cope with the problem, if necessary with the help of a relative, a close friend or a teacher. To accept that the prejudices of third parties could justify exclusion from adoption

procedures would be effectively giving a right of veto to parties who were motivated by such prejudices. That argument could not therefore be considered a sufficient justification, as the Court had already held in *Smith and Grady*, cited above, and the United States Supreme Court had decided in 1984 in *Palmore v. Sidoti*. The interests of children likely to be adopted demanded on the contrary that no category of adoptive parents should be excluded for reasons unconnected with their personal qualities or aptitude for bringing up children.

The applicant also questioned the notion that there were more potential adoptive parents than children. That was true of children for whom the French social services were trying to find an adoptive home, but in France thousands of children were excluded from adoption because of their age, ethnic background, disability or past, not to mention the possibility of international adoption. Around the world there were thousands of orphaned or abandoned children waiting in wretched orphanages for an adult to come and look after them.

The applicant further noted that there was no consensus in democratic societies on the need for single homosexuals to be barred totally from adopting. In Canada all the federal entities allowed single people to adopt and none of them prohibited homosexuals from doing so. Only one State in the United States had legislation that expressly prohibited persons who would otherwise be eligible to adopt from adopting a child if they were homosexuals, namely the State of Florida, which also prohibited certain forms of sexual behaviour in private between consenting adults, whether different sexes or the same sex. A large majority of the forty-three Council of Europe member States allowed adoption by unmarried individuals, if only under exceptional circumstances, and did not totally rule out in either their legislation or their case-law the possibility for homosexuals to adopt. The applicant had found as a result of his research that there were only two countries, France and Sweden, in which case-law had established such a prohibition in respect of adoption by single persons. He had also found that in January 2001 a Swedish government committee had recommended that legislation should be introduced to overturn the prohibition on adoption by homosexuals which had been instituted by a judgment of the Supreme Administrative Court of 1993.

The applicant concluded from the foregoing that the *Conseil d'Etat* had violated Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8 by making a distinction in which his sexual orientation was the decisive factor.

36. The Government submitted that the applicant's sexual orientation was not the reason for his being refused authorisation to adopt. They observed that the decision of 3 May 1993 had been based primarily on his status as a single man with no close ties to any female role model. They

noted in that connection that the absence of a paternal role model had already constituted one of the reasons cited in a judgment of the *Conseil d'Etat* of 18 February 1994 for refusing an application for authorisation to adopt by a single woman. The second reason for the decision referred to the applicant's difficulties in gauging the day-to-day consequences of adoption, as noted in the report drawn up by the social workers on 2 March 1993 after visiting Mr Fretté's home to interview him. Moreover, while the reference to "choice of lifestyle" undoubtedly included Mr Fretté's sexual orientation, that was not its sole compass as it also covered his single status as such and, more generally speaking, his daily lifestyle which had led to the conclusion that he was not equipped to offer a child a suitable home from a psychological, child-rearing and family perspective. Moreover, neither the judgment of the Administrative Court nor that of the *Conseil d'Etat* contained any indication that the decision to refuse the applicant's authorisation was based solely on his sexual orientation even though the two judgments differed in terms of the solution adopted.

Even if the decision to refuse authorisation had been based exclusively or chiefly on the applicant's sexual orientation, there would be no discrimination against him in so far as the only factor taken into account was the interests of the child to be adopted. The justification for the decision lay in the paramountcy of the child's best interests, which formed the underlying basis for all the legislation that applied to adoption. In that respect in particular, "the rights of the child set the limits of the right to have children", as the Government Commissioner pointed out (see paragraph 15 above). The right to be able to adopt relied upon by the applicant was limited by the interests of the child to be adopted.

The criteria applied for that purpose had been both objective and reasonable. The difference in treatment stemmed from the doubts that prevailed, in view of what was currently known about the subject, about the development of a child brought up by a homosexual and deprived of a dual maternal and paternal role model. There was no consensus about the potential impact of being adopted by an adult who openly affirmed his homosexuality on a child's psychological development and, more generally, his or her future life, and the question divided both experts on childhood and democratic societies as a whole.

Neither was there any consensus on the matter in the Council of Europe member States. To date, only the Netherlands, which had recently adopted legislation on the subject, allowed two persons of the same sex to marry, adopt and bring up children together. Many of the European Union States did not allow single persons to apply for adoption while others subjected the possibility to restrictive conditions because adoption by homosexuals, living alone or with a partner, gave rise to serious misgivings as to whether that was in the child's best interests.

The total lack of consensus as to the advisability of allowing a single homosexual to adopt a child meant that States should be afforded a wide margin of appreciation and, according to the Court's case-law, it was not for the Court to take the place of the national authorities and take a categorical decision on such a delicate issue by ordaining a single solution. The Government concluded therefore that there had been no violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8.

37. The Court observes that it has found that the decision contested by the applicant was based decisively on the latter's avowed homosexuality. Although the relevant authorities also had regard to other circumstances, these appeared to be secondary grounds.

38. In the Court's opinion there is no doubt that the decisions to reject the applicant's application for authorisation pursued a legitimate aim, namely to protect the health and rights of children who could be involved in an adoption procedure, for which the granting of authorisation was, in principle, a prerequisite. It remains to be ascertained whether the second condition, namely the existence of a justification for the difference of treatment, was also satisfied.

39. The right not to be discriminated against in the enjoyment of the rights guaranteed under the Convention is also violated when States without an objective and reasonable justification fail to treat differently persons whose situations are significantly different (see *Thlimmenos*, cited above, § 44).

40. However, the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment in law. The scope of the margin of appreciation will vary according to the circumstances, the subject matter and the background; in this respect, one of the relevant factors may be the existence or non-existence of common ground between the laws of the Contracting States (see, among other authorities, *Petrovic*, cited above, pp. 587-88, § 38, and *Rasmussen v. Denmark*, judgment of 28 November 1984, Series A no. 87, p. 15, § 40).

41. It is indisputable that there is no common ground on the question. Although most of the Contracting States do not expressly prohibit homosexuals from adopting where single persons may adopt, it is not possible to find in the legal and social orders of the Contracting States uniform principles on these social issues on which opinions within a democratic society may reasonably differ widely. The Court considers it quite natural that the national authorities, whose duty it is in a democratic society also to consider, within the limits of their jurisdiction, the interests of society as a whole, should enjoy a wide margin of appreciation when they are asked to make rulings on such matters. By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their

countries, the national authorities are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions. Since the delicate issues raised in the case, therefore, touch on areas where there is little common ground amongst the member States of the Council of Europe and, generally speaking, the law appears to be in a transitional stage, a wide margin of appreciation must be left to the authorities of each State (see, *mutatis mutandis*, *Manoussakis and Others v. Greece*, judgment of 26 September 1996, *Reports* 1996-IV, p. 1364, § 44, and *Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France* [GC], no. 27417/95, § 84, ECHR 2000-VII). This margin of appreciation should not, however, be interpreted as granting the State arbitrary power, and the authorities' decision remains subject to review by the Court for conformity with the requirements of Article 14 of the Convention.

42. As the Government submitted, at issue here are the competing interests of the applicant and children who are eligible for adoption. The mere fact that no specific child is identified when the application for authorisation is made does not necessarily imply that there is no competing interest. Adoption means “providing a child with a family, not a family with a child”, and the State must see to it that the persons chosen to adopt are those who can offer the child the most suitable home in every respect. The Court points out in that connection that it has already found that where a family tie is established between a parent and a child, “particular importance must be attached to the best interests of the child, which, depending on their nature and seriousness, may override those of the parent” (see *E.P. v. Italy*, no. 31127/96, § 62, 16 November 1999, and *Johansen v. Norway*, judgment of 7 August 1996, *Reports* 1996-III, p. 1008, § 78). It must be observed that the scientific community – particularly experts on childhood, psychiatrists and psychologists – is divided over the possible consequences of a child being adopted by one or more homosexual parents, especially bearing in mind the limited number of scientific studies conducted on the subject to date. In addition, there are wide differences in national and international opinion, not to mention the fact that there are not enough children to adopt to satisfy demand. This being so, the national authorities, and particularly the *Conseil d'Etat*, which based its decision, *inter alia*, on the Government Commissioner's measured and detailed submissions, were legitimately and reasonably entitled to consider that the right to be able to adopt on which the applicant relied under Article 343-1 of the Civil Code was limited by the interests of children eligible for adoption, notwithstanding the applicant's legitimate aspirations and without calling his personal choices into question. If account is taken of the broad margin of appreciation to be left to States in this area and the need to protect children's best interests to achieve the desired balance, the refusal to authorise adoption did not infringe the principle of proportionality.

43. In short, the justification given by the Government appears objective and reasonable and the difference in treatment complained of is not discriminatory within the meaning of Article 14 of the Convention.

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

44. The applicant complained that he had not been able to attend the hearing before the *Conseil d'Etat* because he had not been notified of the date. He alleged a breach of the right to a fair trial guaranteed by Article 6 § 1 of the Convention, the relevant part of which provides:

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

45. The applicant noted that, in the absence of any information from the judicial authorities, he had not been able to acquaint himself with and answer the Government Commissioner's submissions. Because of his professional activities, he had not been able to pay regular visits to the *Conseil d'Etat* to check whether his case was listed for hearing on the notice boards put up for that purpose. He had repeatedly telephoned the registry of the *Conseil d'Etat* to enquire about the date of the hearing but he had never been given a clear answer. Nor had he been told that he could ask to be notified of the date of the hearing in writing. He submitted that the fact that the parties were not automatically summoned to hearings was in itself contrary to Article 6 § 1 of the Convention. Penalising an individual who exercised his right not to appoint a member of the *Conseil d'Etat* and Court of Cassation Bar to represent him was incompatible with the principle of fairness, particularly as the failure to summon the applicant had deprived him of the opportunity to produce a memorandum for the deliberations, a possibility noted by the Court in *Kress*, cited above.

46. The Government pointed out that the rules governing contentious proceedings before the *Conseil d'Etat* provided that a list of cases for hearing had to be displayed at the registry in a place that was accessible to the public. Those rules stipulated, however, that the parties should be notified automatically, four days at least before the hearing, only if they had appointed a lawyer. All parties were entitled to appoint a lawyer up to the date of the hearing, applying for legal aid where necessary. As for parties who had not appointed a lawyer, they had to accept a duty of diligence, that is to ask to be notified in writing of the date of the hearing. In the instant case, the Government submitted that the applicant could not rely on the complaint that he had not been notified because nothing appeared to indicate that he had carried out the formality of asking the registry of the *Conseil d'Etat* to inform him of the date of the hearing.



The Government also pointed out that in some fields of the law, in an effort to be more liberal and provide broad access to the courts, the *Conseil d'Etat*'s rules of procedure waived the obligation for the parties to the proceedings to appoint a lawyer to lodge their application or present their submissions in writing. The exclusive right of audience before the *Conseil d'Etat* was however retained by a category of specialised lawyers, the members of the *Conseil d'Etat* Bar. Such a system did not preclude respect for the principle that proceedings must be adversarial since proceedings before the *Conseil d'Etat* were mostly conducted in writing and all written evidence was sent to the parties. Consequently, the fact that the applicant was not notified of the hearing because he had not appointed a lawyer had not infringed his rights guaranteed by Article 6 because he could not have pleaded himself had he been informed that the hearing was about to take place. Moreover, the opposing party's lawyer had made no oral submissions at the hearing.

47. The principle of equality of arms – one of the elements of the broader concept of fair trial – requires each party to be given a reasonable opportunity to present his case under conditions that do not place him at a substantial disadvantage *vis-à-vis* his opponent (see, among many other authorities, *Nideröst-Huber v. Switzerland*, judgment of 18 February 1997, *Reports* 1997-I, pp. 107-08, § 23). It also implies in principle the opportunity for the parties to a trial to have knowledge of and discuss all evidence adduced or observations filed, even by an independent member of the national legal service, with a view to influencing the court's decision (see, *inter alia*, *Van Orshoven v. Belgium*, judgment of 25 June 1997, *Reports* 1997-III; *J.J. v. the Netherlands* and *K.D.B. v. the Netherlands*, judgments of 27 March 1998, *Reports* 1998-II; and *Nideröst-Huber*, cited above, p. 108, § 24).

48. The Court further observes that in *Kress* (cited above, §§ 72, 73 and 76) it noted that in most cases the Government Commissioner's submissions were not committed to writing, that the Government Commissioner made his submissions for the first time orally at the public hearing of the case, and that the parties to the proceedings, the judges and the public all learned of their content and the recommendation made in them on that occasion. Nonetheless, lawyers who so wished could ask the Government Commissioner, before the hearing, to indicate the general tenor of his submissions. In addition, the parties were entitled to reply to the Government Commissioner's submissions by means of a memorandum for the deliberations. On the basis of the foregoing circumstances, the Court considered, in *Kress*, in which the applicant had been represented by a lawyer in the proceedings before the *Conseil d'Etat*, that the procedure described above had afforded the litigants sufficient safeguards and that no problem had arisen from the point of view of the right to a fair trial as regards compliance with the principle that proceedings should be adversarial.

49. The circumstances in the present case (that is those that obtained before 1 January 2001 because, since then, there has been a new rule whereby all parties must be informed of the date of the hearing) are somewhat different. The applicant, who had decided to exercise his right not to appoint a lawyer, for which express provision was made in domestic law, was, according to his submissions, not notified of the hearing and so did not attend it. He maintained in that connection that he had repeatedly telephoned the registry of the *Conseil d'Etat* to ask for the date of the hearing but had neither been given a clear answer nor been told of the possibility of asking to be notified thereof in writing, an assertion which the Government did not contest. In the Court's view the applicant could not legitimately be expected to pay regular visits to the registry of the *Conseil d'Etat* to check whether his case was listed on the notice boards on which it was legally required to be displayed four days at least before the sitting. Moreover, such a requirement would not have been compatible with the "diligence" which the Contracting States must exercise to ensure that the rights guaranteed by Article 6 are enjoyed in an effective manner (see *Vacher v. France*, judgment of 17 December 1996, *Reports* 1996-VI, pp. 2148-49, § 28, and *Colozza v. Italy*, judgment of 12 February 1985, Series A no. 89, p. 15, § 28).

50. Thus, the applicant was not able to acquaint himself with the Government Commissioner's submissions because he had not been notified of the hearing. Nor, since he was unrepresented, had he been able to establish the general tenor of those submissions before the hearing. As a result he was denied the opportunity to submit a memorandum for the deliberations in reply.

51. Thus, as the applicant was denied a fair trial before the *Conseil d'Etat* in the context of adversarial proceedings, there has been a breach of Article 6 § 1 in the instant case.

### 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. Before the Court the applicant sought payment of 100,000 French francs (FRF), or 15,244.90 euros (EUR) for non-pecuniary damage because of the discriminatory delay of nine years to which his dream of becoming an

adoptive parent would have been subjected in the event of a finding of a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8. His feelings of injustice, frustration and powerlessness as a result of his treatment by the French authorities and courts throughout the extremely long period during which he had been awaiting the outcome of the proceedings concerning his application for authorisation to adopt were compounded by the fact that the decision to adopt was easier at the age of 39, his age when he took the initial decision, than at 48 or 49, the age that he would be when a new decision could be taken if there was found to be a violation.

54. The Government submitted that a judgment of the Court would in itself constitute sufficient just satisfaction. If, however, the Court considered it necessary to award a sum under this head, it submitted in the alternative that a sum of FRF 30,000 (EUR 4,573.47) would make reparation for the non-pecuniary damage sustained by the applicant as a result both of the decision to reject his application and of the nature of the proceedings before the *Conseil d'Etat*.

55. The Court notes that in the instant case the only basis for awarding just satisfaction lies in the violation of Article 6 § 1 due to the nature of the proceedings before the *Conseil d'Etat*. The applicant did not seek compensation for any non-pecuniary damage he may have sustained in this respect, and the Court has consistently held that it does not have to consider such an issue of its own motion (see *Coëme and Others v. Belgium*, nos. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 and 33210/96, § 155, ECHR 2000-VII, and, *mutatis mutandis*, *Scuderi v. Italy*, judgment of 24 August 1993, Series A no. 265-A, p. 8, § 20).

## **B. Costs and expenses**

56. The applicant, who produced vouchers, sought payment of the sum of FRF 43,132 (EUR 6,575.43), made up of FRF 40,000 (EUR 6,097.96) in legal fees for his representation before the Court, FRF 1,000 (EUR 152.45) for his own correspondence and photocopying expenses in connection with the proceedings before the Court and the domestic courts, and FRF 2,132 (EUR 325.02) for the travel and subsistence expenses incurred in order to attend the hearing in Strasbourg.

57. The Government submitted that only the costs and expenses incurred in the proceedings before the Court could be reimbursed.

58. The Court reiterates that costs incurred before national courts may only be taken into account if they were incurred in seeking redress for the violations of the Convention found, which was not so in the instant case. As for the costs and expenses incurred before the Convention institutions, the Court also notes that it has found a breach only in respect of Article 6

§ 1 of the Convention. Making its assessment on an equitable basis and according to the criteria laid down in its case-law (see, among other authorities, *Nikolova v. Bulgaria* [GC], no. 31195/96, § 79, ECHR 1999-II), the Court awards the applicant EUR 3,500 for costs and expenses.

### C. Default interest

59. 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 4.26% per annum.

### FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Holds* by four votes to three that there has been no violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8;
2. *Holds* unanimously that there has been a violation of Article 6 of the Convention;
3. *Holds* unanimously
  - (a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months from the date on which the judgment becomes final according to Article 44 § 2 of the Convention, EUR 3,500 (three thousand five hundred euros) plus any value-added tax that may be chargeable in respect of costs and expenses;
  - (b) that simple interest at an annual rate of 4.26% shall be payable from the expiry of the above-mentioned three months until settlement;
4. *Dismisses* unanimously the remainder of the applicant's claim for just satisfaction.

Done in French, and notified in writing on 26 February 2002, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

S. DOLLÉ  
Registrar

W. FUHRMANN  
President

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) partly concurring opinion of Mr Costa joined by Mr Jungwiert and Mr Traja;
- (b) joint partly dissenting opinion of Sir Nicolas Bratza, Mr Fuhrmann and Mrs Tulkens.

W.F.  
S.D.

PARTLY CONCURRING OPINION OF JUDGE COSTA  
JOINED BY JUDGES JUNGWIERT AND TRAJA

(Translation)

The European Court of Human Rights is often faced with two particular problems although it rarely encounters both at the same time. The first relates to the determination of the substantive scope of the Convention and the second to the margin of appreciation afforded States in certain areas by the Court's case-law.

*Fretté v. France* was a case in which the Chamber had to deal with both problems simultaneously and so it is not surprising that it was divided on the subject. I myself found that there was no breach of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8, but for a quite different reason from that of the majority, relating to the applicability or rather, as far as I was concerned, the inapplicability of these provisions. I shall attempt to explain my reasoning.

*1: Applicability of Article 14, taken in conjunction with Article 8*

It is not disputed that the issue at the heart of this case is the ground for the dismissal of the applicant's application for authorisation to adopt, namely his homosexuality, which he courageously revealed during the inquiries carried out as part of the authorisation procedure, which is the responsibility of the social services in the relevant *département*, in this case Paris. The judgment of the administrative court, which quashed the decision to refuse the applicant authorisation, stated this expressly. Although the *Conseil d'Etat's* ruling, which set aside the administrative court's judgment and upheld the social services' decisions, referred more discreetly to the "applicant's choice of lifestyle [which] was to be respected", the masterly submissions by Mrs Christine Maugüe, Government Commissioner before the *Conseil d'Etat*, of which she is also a member, leave it in no doubt that it was because Mr Fretté claimed to be a homosexual that he was refused authorisation. Mrs Maugüe also emphasised that the *Conseil* had been called on to give a landmark ruling on this matter (see the extracts from her submissions cited in paragraph 15 of the present judgment).

I would also point out that the French adoption procedure requires an initial administrative authorisation, which is granted or refused *in abstracto* depending on the guarantees offered by the applicant (or applicants in the case of a couple) in terms of the kind of home that the child would be offered from a psychological, child-rearing and family perspective. This authorisation is not sufficient in itself for the adoption to proceed

because the adoption is approved or rejected *in concreto* by the *tribunal de grande instance* and the parties and the public prosecutor may appeal against its decision. However, it is a practically indispensable prerequisite since the adoption cannot proceed without prior authorisation save where the child is in State care and has already been placed in the custody of the persons applying for adoption or in the event provided for by Article 353-1 of the Civil Code (“If authorisation has been refused, the courts may approve the adoption if they consider that the applicants are capable of providing the child with a suitable home and that adoption is compatible with the child’s interests”). There is no chance that the first exception will operate in Mr Fretté’s favour and hardly any more likelihood that the second will either.

The facts of the case are therefore clear. In practice a homosexual such as the applicant is denied any possibility of adopting a child, and at any rate that is the position in the present case.

Paragraph 27 of the judgment wisely refers to the Court’s case-law on the subject, according to which Article 14 is not applicable unless the facts at issue fall within the ambit of one or more of the provisions of the Convention. This interpretation of Article 14 is the logical consequence of what it actually states: “The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination ...” It is supported still further by the converse implication of Protocol No. 12, which was signed on 4 November 2000 but is not yet in force and introduces a blanket ban on discrimination: “The enjoyment of any right set forth by law shall be secured without discrimination ...” Although the European legislature has decided to go further than it did in 1950, should the European Court be swayed by what it thinks the position in law ought to be and anticipate the entry into force of a Protocol which clearly expresses that intention but is subject to the ratification of the States? In my opinion the answer has to be no, if the Court’s will is not to be given precedence over the States which founded it.

Given therefore that the current interpretation of Article 14 remains valid – and let it be said in passing that raising the question of a potential violation of Protocol No. 12 when it enters into force is both premature and debatable because it is not certain that the legal authorisation procedure actually establishes a right or a freedom to adopt – I believe that Article 14 does not apply in the instant case.

First of all, the Convention does not guarantee a right to adopt (see the decisions of the European Commission of Human Rights cited in the judgment, particularly that of 10 July 1997 on the application by Mrs Dallila Di Lazzaro), or even any protection of the desire – however respectable – to found a family (see the judgments cited in paragraph 32, particularly *Marckx*). Nor are any rights of this sort to be found in any of the other international instruments which, although not binding on our

Court, may provide it with guidance, such as the United Nations Convention on the Rights of the Child.

Secondly, it is not enough to state, as the applicant did (see paragraph 28 of the judgment), that a person's sexual orientation is part of his or her private life. This is of course true and I had no doubt in finding for example that there was a breach of Article 8 in the case of homosexuals of both sexes who were dismissed from the armed forces for homosexuality (see *Lustig-Prean and Beckett v. the United Kingdom*, nos. 31417/96 and 32377/96, 27 September 1999, and *Smith and Grady v. the United Kingdom*, nos. 33985/96 and 33986/96, ECHR 1999-VI). However, that was because there had been an interference in the applicants' private lives, as in other famous cases such as *Dudgeon v. the United Kingdom* (judgment of 22 October 1981, Series A no. 45) or *Modinos v. Cyprus* (judgment of 22 April 1993, Series A no. 259), the circumstances of which are so well known that I will not go over them again (criminal punishment of homosexual relations). In this case, precisely given that there is no right to (adopt) children and the Convention does not safeguard the desire to found a family, there was in my view no interference by the State in Mr Fretté's private or family life. The rejection of Mr Fretté's application for authorisation was not in itself a violation of his private life or of his status as a single man without children. Might it legitimately be said that the very reasons for the negative response constituted an interference in his private life in that they stigmatised a certain choice of lifestyle? There may be some hesitation on this point but ultimately I do not believe it can be true because the *département's* attitude, which was reflected in reports that were, moreover, well balanced and not hostile towards the applicant on principle, mainly took account of the interests of the child likely to be adopted in the event that authorisation was granted. Whether the authorities were right or wrong is another question, but in any event their decision does not seem to me to affect the right to respect for private and/or family life within the meaning of Article 8.

Thirdly, I would like to submit, with all due respect for my colleagues, that paragraph 32 of our judgment, which finds Article 14 taken in conjunction with Article 8 applicable, is unconvincing. It expressly refers to a right guaranteed to the applicant by Article 343-1 of the Civil Code, but this Article merely states that adoption may be applied for and the possibility of applying for something does not establish a right to obtain such a thing otherwise the words would be meaningless. Implicitly, this paragraph is based on the idea that the rejection of Mr Fretté's application did indeed constitute a violation by the State of his right, but this seems to me to be a piece of circular reasoning.

My last point relates to the applicant's argument based on *Thlimmenos v. Greece* ([GC], no.34369/97, ECHR 2000-IV) which the present judgment, moreover, does not follow in the section setting out the Court's reasoning.

While recognising that *Thlimmenos* broadened the applicability of Article 14, I do not find the analogy convincing because in that case what was at issue was an exclusion based on the fact of having committed a crime and the failure to take account of the fact that the crime of which the applicant was accused was *solely* the consequence of his exercising his freedom of religion. In the instant case the applicant was not, I am glad to say, subjected to a criminal penalty because of his private life. The rejection of his application could just as easily have been the answer given – as happens every day – to other single persons like him or couples applying for authorisation to adopt, whose applications are rejected not because of their sexual mores but because the *département* considers that they do not provide sufficient guarantees that they will offer a child a suitable home from a psychological, child-rearing and family perspective (incidentally, although in *Thlimmenos*, in which I sat, the Court reached a unanimous decision, I do wonder whether it may have gone a little far on that occasion, and I note that the judgment was delivered before the opening for signature of Protocol No. 12 – which I view as a key factor).

In short, I do not see how I could find Article 14 applicable in this case, even when taken in conjunction with Article 8.

## 2. *Non-violation of the above provisions*

Having arrived at this definite conclusion, I shall make only a few brief comments on this second matter, because my finding that the Articles in question were inapplicable inevitably leads me to find that there was no violation.

In reality, the judgment arrives at the latter conclusion through a combination of the concept of the margin of appreciation, whose scope is influenced by the nature of the subject at issue and the lack of any common ground in Europe in this area (see paragraphs 40 and 41 of the judgment), and the child's best interests (pre-eminence of the rights of the child over the right to a child) in the absence of any consensus in the scientific community on the impact of adoption by a single homosexual person or a homosexual couple (see paragraph 42 of the judgment). In reality, most of the majority have based their decision, without saying so, on the precautionary principle.

If I had had to decide one way or another, I would have been very hesitant. I recognise that the above arguments are strong and that they are not at variance with the Court's case-law. On the other hand it could be argued both that French law does not prohibit adoption by a single homosexual and that it appears from the file that the applicant seemed to offer many guarantees tending to confirm the belief that he could make a child happy even in the absence of a maternal or female role model.



However the Court endeavours to rule on the actual circumstances and not take general, abstract decisions.

There are therefore arguments in both directions and the conclusion reached depends on the angle from which the matter is viewed, namely whether the emphasis is put on the subsidiarity of the European Court of Human Rights' role or on the importance of the "European supervision" it is supposed to carry out.

Yet in the end everything holds together for how can European supervision be given preference to subsidiarity when the right asserted by the applicant – however understandable it might be on an emotional and personal level – is neither a right within the meaning of national law nor a freedom guaranteed by the Convention?

The fundamental paradox of this judgment seems to me that it would have been easier to justify the rejection of the complaint on the legal basis of the inapplicability of Article 14 than to declare Article 14 applicable and then find no breach of it.

JOINT PARTLY DISSENTING OPINION  
OF JUDGE Sir Nicolas BRATZA AND  
JUDGES FUHRMANN AND TULKENS

(Translation)

We are unable to share the view of the majority that there has been no violation of Article 14 of the Convention, read in conjunction with Article 8.

1. Before explaining why we disagree over Article 14 of the Convention, we would like to make some additional comments concerning the applicability of Article 8 of the Convention.

We have no difficulty in accepting the European Commission of Human Rights' consistently expressed opinion that Article 8 of the Convention does not guarantee a right to adoption as such. We also accept that Article 8, which guarantees the right to respect for family life, may not be interpreted to safeguard the mere desire to found a family, whether by adopting or by any other means. In this connection, there is a distinction between the instant case and *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal* (no. 33290/96, ECHR 1999-IX), in which there was already an established family life between the applicant and his daughter, and the decision of the Lisbon Court of Appeal to award parental authority over the child to the applicant's ex-wife constituted a clear infringement of his right to respect for his family life and consequently fell within the scope of Article 8. It follows in the instant case that the rejection by the *Conseil d'Etat* of the applicant's application for authorisation to adopt did not entail a direct interference with his rights guaranteed by Article 8 of the Convention. Neither did it entail the breach of any form of positive obligation on the State to guarantee the applicant the right to respect for his private or family life.

However, as the present judgment clearly states, the matter cannot rest there, because the application also relates to Article 14 of the Convention. The Court's case-law establishes two major principles regarding the interpretation of this provision, which are directly relevant in the instant case.

Firstly, in as much as Article 14 has no independent existence, its application does not necessarily presuppose the violation of one of the substantive rights guaranteed by the Convention, just as it does not presuppose a direct interference by the national authorities with the rights guaranteed by such a provision. It is necessary but it is also sufficient for the facts of the case to fall "within the ambit" of one or more of the provisions in question (see, among many other authorities, the following judgments: *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*,

28 May 1985, Series A no. 94, p. 35, § 71; *Karlheinz Schmidt v. Germany*, 18 July 1994, Series A no. 291-B, p. 32, § 22; and *Petrovic v. Austria*, 27 March 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-II, p. 585, § 22).

The second principle is closely linked to the first. Article 14 covers not only the enjoyment of the rights that States are obliged to safeguard under the Convention but also those rights and freedoms that fall within the ambit of a substantive provision of the Convention and that a State has chosen to guarantee, even if in so doing it goes beyond the requirements of the Convention. This principle was expressed for the first time by the Court in the case “*relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium*” v. *Belgium* (judgment of 23 July 1968, Series A no. 6, pp. 33-34, § 9). The Court noted that the right to obtain from the public authorities the creation of a particular kind of educational establishment could not be inferred from Article 2 of Protocol No. 1 and it continued as follows:

“... nevertheless, a State which had set up such an establishment could not, in laying down entrance requirements, take discriminatory measures within the meaning of Article 14.

To recall a further example, cited in the course of the proceedings, Article 6 of the Convention does not compel States to institute a system of appeal courts. A State which does set up such courts consequently goes beyond its obligations under Article 6. However it would violate that Article, read in conjunction with Article 14, were it to debar certain persons from these remedies without a legitimate reason while making them available to others in respect of the same type of actions.

In such cases there would be a violation of a guaranteed right or freedom as it is proclaimed by the relevant Article read in conjunction with Article 14. It is as though the latter formed an integral part of each of the Articles laying down rights and freedoms. No distinctions should be made in this respect according to the nature of these rights and freedoms and of their correlative obligations, and for instance as to whether the respect due to the right concerned implies positive action or mere abstention.”

Similarly, in *Abdulaziz, Cabales and Balkandali*, cited above, the State was not found to be under any obligation pursuant to Article 8 of the Convention to authorise foreign wives residing in the country to be joined by their husbands despite the fact that the latter did not have any independent right of entry to or residence in the territory. Nonetheless, the fact that such a right or privilege had been granted and that the situation fell “within the ambit” of the right to respect for family life guaranteed by Article 8, required that the difference in treatment of persons authorised to reside in the country, namely in this case non-national wives who did not enjoy the right to be joined by their husbands, should be justified under Article 14 (pp. 37-38, § 78).

Applying these principles to the instant case, we consider that although Article 8 of the Convention does not guarantee the right to adoption as

such, nor the right for a single person to adopt, the situation which forms the basis of the present application undoubtedly falls within the “scope” or the “ambit” of that provision. In the Court’s case-law, the notion of “private life” within the meaning of Article 8 of the Convention is a broad concept which comprises, *inter alia*, the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world (*Niemietz v. Germany*, judgment of 16 December 1992, Series A no. 251-B, p. 33, § 29), the right to recognition of one’s identity (*Burghartz v. Switzerland*, judgment of 22 February 1994, Series A no. 280-B, p. 28, § 24) and the right to “personal development” (*Bensaid v. the United Kingdom*, no. 44599/98, § 47, ECHR 2001-I).

Thus, by legally entitling single persons to apply for adoption, France went beyond what was required by way of a positive obligation under Article 8 of the Convention. Nonetheless, having granted such a right and established a system of applications for authorisation to adopt, it has a duty to implement the system in such a way that no unwarranted discrimination is made between single persons on the grounds listed in Article 14 of the Convention.

This position cannot in any way be considered to anticipate the implementation of Protocol No. 12 to the Convention, which was signed in Rome on 4 November 2000 and extends the criteria for the application of Article 14 of the Convention, which are limited to “the rights and freedoms set forth in [the] Convention”, to provide that “[t]he enjoyment of any right set forth by law shall be secured without discrimination ...” (Article 1). In the instant case, as the majority themselves acknowledge (see paragraph 32 of the judgment) and as we have just demonstrated, the situation of which the applicant complains does indeed fall within the ambit of Article 8 of the Convention and the right recognised under domestic law may not be granted in a discriminatory manner.

2. Having found that “Article 14 of the Convention, taken in conjunction with Article 8, is applicable” (see paragraph 33 of the judgment), the Court considers nonetheless that “the difference in treatment ... is not discriminatory within the meaning of Article 14 of the Convention” (see paragraph 43 of the judgment). This finding seems to us to be contrary in fact and in law to the requirements of Article 14 of the Convention as interpreted by the Court’s case-law.

Wherever a legal system grants a right, in this case the right for everyone to apply for authorisation to adopt, it cannot grant it in a discriminatory manner without violating Article 14 of the Convention.

In the context of French law, which authorises all single persons, whether men or women, to submit an application for adoption (Article 343-1 of the Civil Code), we believe that the rejection of the application for authorisation, *based solely on the grounds of the applicant’s*

*sexual orientation*, amounts to a breach of Article 14 of the Convention. Of course it was not expressly stated that it was the applicant's homosexuality which was the reason for refusing the authorisation but, on the material presented, it can be conceded nonetheless that it was his "choice of lifestyle" which was the real reason for the decision. This is moreover what the Government Commissioner pointed out, in the following terms:

"In the light of the information in the case file, this question is elevated to a matter of principle. This case does not turn on its own facts because the documents in the case file leave me in no doubt that in many respects Mr F. has a genuine aptitude for bringing up children. The only thing that prompted the authorities to refuse authorisation was the fact that Mr F. was a homosexual and therefore that he did not provide sufficient guarantees that he would offer a child a suitable home from a psychological, child-rearing and family point of view. However, nothing in the case file suggests in any way that Mr F. leads a dissolute life and neither is there any reference in it to any specific circumstance that might pose a threat to the child's interests. Accepting the lawfulness of the refusal of authorisation in the instant case would implicitly but necessarily doom to failure all applications for authorisation to adopt by homosexuals ..."

As regards the scope of application of Article 14, there is no doubt that sexual orientation is covered by this provision, be it through discrimination on grounds of "sex" (which is the position of the United Nations' Human Rights Committee, particularly in its *Toonen v. Australia* decision of 4 April 1994) or on grounds of "other status" (European Commission of Human Rights, *Sutherland v. the United Kingdom*, no. 25186/94, report of the Commission of 1 July 1997, § 51, unreported). The Court itself acknowledges this in the present judgment (see paragraph 37). Furthermore, in Chapter III (on equality) of the EU's Charter of Fundamental Rights of 7 December 2000, Article 21 expressly prohibits "any discrimination based on any ground such as sex ... or sexual orientation". Recommendation 1474 (2000) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe recommends that the Committee of Ministers "add sexual orientation to the grounds for discrimination prohibited by the European Convention on Human Rights" and "call upon member States to include sexual orientation among the prohibited grounds for discrimination in their national legislation". In its reply of 21 September 2001, the Committee of Ministers assured the Assembly that it would continue "to follow the issue of discrimination based on sexual orientation with close attention". It may therefore be reasonably argued that a European consensus is now emerging in this area.

As far as the constituent elements of discrimination are concerned, we must therefore examine in turn whether there is a difference in treatment in the instant case and, if so, whether it pursues a legitimate aim and there is a proportionate relationship between the aim pursued and the methods used. Not every difference in treatment is prohibited by Article 14 of the Convention, only those which amount to discrimination.

According to the Court's established case-law, the principle of equality of treatment is infringed if the difference ascertained has no "objective and reasonable justification".

(a) To determine whether there was a difference in treatment, it is necessary to place oneself in the domestic-law context once again. Prior authorisation to adopt is a procedure whose aim is to take a decision not in relation to a child but in relation to a potential parent and check that there is nothing to indicate that he or she would be unsuitable to adopt. Thereafter, it is for the civil courts to weigh up the interests of the parties when the adoption plans are formalised and in particular to assess whether the child's real interests are fully respected.

In the instant case, prior authorisation to adopt, which may be requested by any single person, was refused to the applicant solely because of his "choice of lifestyle" and not because this choice would pose any actual threat to a child's interests. Unless it is held that homosexuality – or race for example – is in itself an objection, the refusal of authorisation could only have been justified by Mr Fretté's homosexuality if it had been combined with conduct that was detrimental to a child's upbringing, and that was not the case here. In addition, in the applicant's case, as he moreover acknowledged himself, even if authorisation had been granted, it was not certain that a child would have been placed with him. Conversely however, if he had been a heterosexual or if he had concealed his homosexuality, he would certainly have obtained authorisation because his personal qualities were acknowledged throughout the proceedings.

Because the sole ground given for the refusal of authorisation was the applicant's lifestyle, which was an implicit yet undeniable reference to his homosexuality, the right guaranteed by Article 343-1 of the Civil Code was infringed on the basis of his sexual orientation alone (see, *mutatis mutandis*, *Smith and Grady v. the United Kingdom*, nos. 33985/96 and 33986/96, ECHR 1999-VI, and *Lustig-Prean and Beckett v. the United Kingdom*, nos. 31417/96 and 32377/96, § 71, 27 September 1999).

(b) Is this difference in treatment justified by a legitimate aim? As the Court has repeatedly pointed out "very weighty", "particularly serious" or "particularly convincing and weighty reasons" are needed for a difference in treatment on the ground of sex to be regarded as compatible with the Convention (see *Smith and Grady*, cited above, § 90, and *Lustig-Prean and Beckett*, cited above, § 82).

As the Government submitted, the decision to refuse the applicant authorisation stemmed from a desire to protect the rights and freedoms of the child who might have been adopted. In itself this aim may of course be legitimate, and in fact would even be the only legitimate aim. In the instant case, however, it has to be observed that the applicant's personal qualities and aptitude for bringing up children were emphasised on a number of occasions. The *Conseil d'Etat* even specified in its statement of

reasons that there was no reference in the case file “to any specific circumstance that might pose a threat to the child’s interests”. The legitimate aim was not therefore effectively established in any way.

In their general and abstract wording, the reasons given by the judicial authorities for their decision to refuse the applicant authorisation are based solely on the applicant’s homosexuality and therefore on the view that to be brought up by homosexual parents would be harmful to the child at all events and under any circumstances. The *Conseil d’Etat* failed to explain in any way, by referring for example to the increasing range of scientific studies of homosexual parenthood in recent years, why and how the child’s interests militated in the instant case against the applicant’s application for authorisation.

(c) Finally, on the question of proportionality, we might conceivably accept the Government’s view that some margin of appreciation should be afforded to States in the sensitive area of adoption by homosexuals. It is not for the Court to take decisions (or pass moral judgment) instead of States in an area which is also a subject of controversy in many Council of Europe member States, especially as the views of the French administrative courts also seem to be divided. Neither is it for the Court to express preference for any type of family model. On the other hand, the reference in the present judgment to the lack of “common ground” in the contracting States or “uniform principles” on adoption by homosexuals (see paragraph 41 of the judgment), which paves the way for States to be given total discretion, seems to us to be irrelevant, at variance with the Court’s case-law relating to Article 14 of the Convention and, when couched in such general terms, liable to take the protection of fundamental rights backwards.

It is the Court’s task to secure the rights guaranteed by the Convention. It must supervise the conditions in which Article 14 of the Convention is applied and consider therefore whether there was a reasonable, proportionate relationship in the instant case between the methods used – the total prohibition of adoption by homosexual parents – and the aim pursued – to protect children. The *Conseil d’Etat*’s judgment was a landmark decision but it failed to carry out a detailed, substantive assessment of proportionality and took no account of the situation of the persons concerned. The refusal was *absolute* and it was issued without any other explanation than the applicant’s choice of lifestyle, seen in general and abstract terms and thus in itself taking the form of an irrebuttable presumption of an impediment to any plan to adopt whatsoever. This position fundamentally precludes any real consideration of the interests at stake and the possibility of finding any practical way of reconciling them.

At a time when all the countries of the Council of Europe are engaged in a determined attempt to counter all forms of prejudice and discrimination, we regret that we cannot agree with the majority.





MORRIS v. THE UNITED KINGDOM  
*(Application no. 38784/97)*

THIRD SECTION<sup>1</sup>

JUDGMENT OF 26 FEBRUARY 2002<sup>2</sup>

---

1. In its composition prior to 1 November 2001.  
2. English original.



SUMMARY<sup>1</sup>**Independence and impartiality of court martial****Article 6 § 1**

*Independent and impartial tribunal – Criminal proceedings – Independence and impartiality of court martial – Examination of independence of members of court martial – Relationship between senior army command and members of court martial – Manner of appointment – Security of tenure – Safeguards against outside interference – Review of conviction and sentence by non-judicial authority – Fundamental flaws not corrected by appeal*

\*  
\*   \*

The applicant, a soldier, was arrested in 1996 after going absent without leave. He was remanded for trial and his commanding officer appointed an army captain with no legal training as the “defending officer”. The applicant applied for legal aid to enable him to be represented by a solicitor and was offered legal aid subject to a down-payment of 240 pounds sterling. His solicitor requested that this condition be reconsidered but before a reply had been received the applicant declined the offer of legal aid and signed a document in which he stated that he wished to be represented only by the defending officer. The court martial took place in May 1997. The court was composed of a president (a permanent president of courts martial, appointed in January 1997 and due to remain until his retirement in September 2001), two army captains and a legally qualified civilian judge advocate. The applicant pleaded guilty and was sentenced to nine months’ detention and dismissal from the army. He then instructed a solicitor, who lodged a petition with the “reviewing authority”. The petition was refused and a single judge of the Courts-Martial Appeal Court refused leave to appeal.

*Held*

(1) Article 6 § 1: This provision was clearly applicable, since the proceedings involved a determination of sentence following a plea of guilty; although the applicant was not charged with an ordinary criminal offence, in the light of the custodial sentence he received there was clearly a determination of a criminal charge. The concepts of independence and impartiality being closely linked, it was appropriate to consider them together. A military court can, in principle, constitute an independent and impartial tribunal, but only as long as sufficient safeguards are in place. In previous cases concerning courts martial in the United Kingdom, concerns had centred around the multiple roles played by the

---

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

“convening officer” and the changes introduced by the Armed Forces Act 1996 had gone a long way to meeting those concerns, the roles played by the “convening officer” and the “confirming officer” having been split, so that a separation now existed between prosecution and adjudication functions at a court martial. Moreover, advisory functions had also been reallocated and there were sufficient guarantees of independence in that respect. Consequently, the applicant’s general complaint about the relationship between senior army command and those involved in the court-martial proceedings did not in itself give rise to a violation of Article 6. However, the question remained whether the members of the court martial collectively constituted an independent and impartial tribunal. As to the manner of their appointment, the fact that the head of the office responsible for the selection of the officers who sat on the court martial was appointed by the Defence Council did not in itself give rise to doubt as to the independence of the court, because he was in any event adequately separated from those fulfilling prosecution and adjudication roles. While he appeared to have had no fixed term of appointment and there were no clear guarantees against interference by senior army command, there was no evidence of such interference in the present case. Consequently, the manner in which the court martial was appointed did not give rise to any lack of independence. With regard to the terms of office of the members and the existence of safeguards against outside pressures, it was necessary to examine the positions of the president and the two army officers. As far as the president was concerned, the absence of a formal recognition of the irremovability of a judge does not in itself imply a lack of independence, provided it is recognised in fact and other guarantees are present. In the present case, the *de facto* security of tenure, together with the fact that the president had no apparent concerns as to future prospects in the army and was no longer subject to army reports, as well as his relative separation from the command structure, meant that he was in fact a significant guarantee of independence in an otherwise *ad hoc* tribunal. In contrast, the two army officers were not appointed for a fixed period but rather on an *ad hoc* basis, which made the need for safeguards against outside pressure all the more important. The presence of a legally qualified civilian judge advocate and of the permanent president provided such guarantees, as did the rules on eligibility and the oath taken by members, but they were insufficient to exclude the risk of pressure being brought to bear on the two relatively junior officers, who had no legal training and remained subject to army discipline and reports. This was of particular importance in a case directly involving a breach of military discipline. Finally, the fact that the review was conducted by the “reviewing authority” was contrary to the principle that the binding decision of a “tribunal” should not be open to review by a non-judicial body. These fundamental flaws were not corrected by the appeal to the Courts-Martial Appeal Court, which refused leave to appeal without a hearing. In conclusion, the applicant’s misgivings about the independence of the court martial and its status as a “tribunal” were objectively justified.

*Conclusion:* violation (unanimously).

(2) Article 6 §§ 1 and 3 (c): The terms of the legal-aid offer were not arbitrary or unreasonable, bearing in mind the applicant’s income, but he refused the offer before receiving a reply to the request for reconsideration of the condition imposed and indeed stated that he wished to be represented only by the

defending officer. In these circumstances, there was no merit in his complaints about the independence of the defending officer or his handling of the case.

*Conclusion*: no violation (unanimously).

Article 41: The Court considered that the finding of a violation constituted sufficient just satisfaction in respect of non-pecuniary damage. It made an award in respect of costs and expenses.

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

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

*Campbell and Fell v. the United Kingdom*, judgment of 28 June 1984, Series A no. 80

*Croissant v. Germany*, judgment of 25 September 1992, Series A no. 237-B

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

*Incal v. Turkey*, judgment of 9 June 1998, *Reports* 1998-IV

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

*Brumărescu v. Romania* [GC], no. 28342/95, ECHR 1999-VII



**In the case of Morris 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,  
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 23 October 2001 and 30 January 2002,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 38784/97) against the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland 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 United Kingdom national, Mr Dean Morris (“the applicant”), on 31 October 1997.

2. The applicant alleged that he had been denied a hearing before an independent and impartial tribunal on account of various structural defects in the court-martial system. In addition, he argued that his hearing before the court martial was not fair due to the actions of the prosecuting authorities and his own defending officer. He also maintained that he had been denied his right to free legal assistance.

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 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. By a decision of 3 July 2001 the Chamber declared the application admissible<sup>1</sup>.

6. The applicant and the Government each filed observations on the merits (Rule 59 § 1).

---

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

7. On 1 November 2001 the Court changed the composition of its Sections (Rule 52 § 1), but this case remained with the Chamber constituted within the former Third Section.

8. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 23 October 2001 (Rule 59 § 2).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mr C. WHOMERSLEY, Foreign and Commonwealth Office,	<i>Agent,</i>
Mr P. HAVERS QC,	<i>Counsel,</i>
Mr J. BETTELEY,	
Ms L. NICHOLL,	
Mr D. HOWELL,	
Mr G. RISIUS,	
Mr S. ANDREWS,	<i>Advisers;</i>

(b) *for the applicant*

Mr J. MACKENZIE,	<i>Counsel,</i>
Mr S. LINDSAY,	<i>Adviser.</i>

The Court heard addresses by Mr Mackenzie and Mr Havers.

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

9. In September 1991, at the age of 16, the applicant became a member of the British Army, joining the Life Guards regiment of the Household Cavalry. In November 1992 the applicant was posted to the Household Cavalry Mounted Regiment (“the HCMR”) where he was taught to ride a horse. The applicant alleges that during riding lessons he became the target of bullying by other soldiers, including a lance-corporal. According to the applicant, towards the end of November 1992 the lance-corporal hit him on the side of the head with his fist, causing him to fall and strike his head on the ground. On 30 November 1992, several days after the attack, the applicant reported sick and told the medical officer that the injury to his face had been caused by falling off a horse. On 26 February 1993 the applicant, who alleges to have feared a further physical attack, went absent without leave. On 17 March 1993 he wrote to the commanding officer (“CO”) of the regiment (a lieutenant-colonel), stating, *inter alia*, that “[his] inability to express sufficient enthusiasm during training sometimes resulted in physical abuse by certain NCOs



[non-commissioned officers]”, and asking to terminate his service. He received no reply to this letter.

10. The applicant was arrested by the civilian police on 16 October 1996 and taken to the HCMR’s barracks at Hyde Park, London. The following day he was charged with being absent without leave contrary to section 38(a) of the Army Act 1955. On 18 October 1996 he was remanded in close arrest by Major Kelly, acting as subordinate CO. On the “Eight Day Delay Report” dated 24 October 1996, the reason for the detention is stated: “Likely to absent himself ... – has already offered bribe to JNCO on guard to release him.” On 31 October 1996 he appeared before the CO and was remanded by him in close arrest for an abstract of evidence. He was subsequently released by the CO into open arrest on 11 November 1996. The CO remanded him for trial by district court martial on 13 March 1997.

11. In a statement dated 4 November 1996 to the Ministry of Defence Police, the applicant stated that the attack by the lance-corporal had occurred in the week prior to his going absent without leave, while in a statement dated 29 January 1997 he stated that the attack occurred sometime in February 1993. The police found that the lance-corporal had left the army and took statements from other soldiers who had been on the same riding course as the applicant. They found that there was no evidence to support his complaint. The applicant subsequently signed a statement saying, *inter alia*: “I have come to the conclusion that I just want to get out of the army and get on with my life ... Even though this assault happened, I do not want the Ministry of Defence Police ... to take any further action concerning the incident.”

12. Following the applicant’s remand for trial, the CO appointed Captain A. as “defending officer”. Captain A. was an army officer with no legal training, serving as a troop commander with the HCMR. The applicant applied to the Army Criminal Legal Aid Authority (“the Legal Aid Authority”) for legal aid to enable him to be represented by a solicitor. On the application form he stated that his weekly income after deduction of tax, rent and national insurance was 158.13 pounds sterling (GBP), and that he had no savings or other property of value. The form was countersigned by his CO. By a letter dated 26 March 1997, the Legal Aid Authority replied that a charge of absence without leave did not normally warrant legal representation but that either the CO or the applicant should write setting out his reasons if he considered that, exceptionally, legal aid should be granted. The applicant’s solicitor wrote to the Legal Aid Authority on 18 April 1997 pointing out that the applicant faced a custodial sentence and needed to be represented. The Legal Aid Authority offered the applicant legal aid subject to a down-payment of GBP 240 in a letter dated 21 April 1997. The Government maintain that he could have paid in ten weekly instalments of GBP 24 each, but this is disputed by the applicant. On 30 April 1997 the applicant’s solicitor

wrote asking the Legal Aid Authority to reconsider the down-payment condition, but on 2 May 1997, before the Legal Aid Authority had replied, the applicant refused the offer of legal aid and was not, therefore, represented by a solicitor at the court martial.

13. Also on 2 May 1997, the applicant signed a document, addressed “to whom it may concern”, in which he made the following statement:

“This is to certify that I, 25009734 Tpr Morris D of The Life Guards no longer wish to be represented at my pending District Court Martial other than by my Defending Officer, Captain [A.].

I have made this decision of my own free will. I understand that all previous correspondence with regard to my application for legal representation will now be ignored.”

14. The applicant’s court martial took place at Chelsea Barracks on 28 May 1997. The court was composed as follows: a president, Lieutenant-Colonel A.D. Hall of the Corps of Royal Electrical and Mechanical Engineers, who was a permanent president of courts martial (appointed to his post in January 1997 and due to remain until his retirement in September 2001); Captain R. Reid of the Royal Army Medical Corps, Aldershot; Captain W.D. Perks of the Second Battalion, Royal Gloucestershire, Berkshire and Wiltshire Regiment (Volunteers), Reading; and a legally qualified civilian judge advocate (see paragraph 26 below). All three military officers were outside the command area in which the applicant was serving. The president worked from home when not attending court-martial hearings.

15. Captain A. represented the applicant, who pleaded guilty to the charge of being absent without leave between 25 February 1993 and 16 October 1996. The applicant’s letter of 17 March 1993 to his CO was handed to the court, but no other mention was made of the bullying allegedly suffered by him. The applicant was sentenced to dismissal from the army and nine months’ detention.

16. After the hearing, Captain A. erroneously advised the applicant that if he appealed against the sentence he risked the commencement date for his sentence being put back to the date of dismissal of the appeal. On 31 May 1997 the applicant instructed a solicitor to represent him. On 19 June 1997 the solicitor lodged a petition with the Defence Council in its role as the “reviewing authority” (see paragraph 29 below), relying on the facts that the applicant had had no legal representation before the court martial and that his allegations of assault were not presented to the court, either by way of a defence of duress (which applies when a person charged with a criminal offence can show that, at the relevant time, he reasonably believed that he would be killed or seriously injured if he did not commit the offence) or in mitigation of sentence. The petition asserted that it was unlikely that the defending

officer understood that the applicant might have had a defence on the basis of duress and that the defending officer had indicated that he had been “ordered” not to allude to the allegations at the court martial without indicating who had so ordered him. It also mentioned instructions which the defending officer had given about what the applicant ought to do in the event that the court martial should, of its own volition, ask the applicant about the allegations which had been made. It also indicated that the defending officer had advised the applicant that, “if he appealed, his sentence might well be increased”. On the same day the petition was introduced, the solicitor wrote to Captain A. asking for his comments on it and reminding him that he was subject to the rules of client privilege and should not disclose details of his dealings with the applicant to any third party. Despite this, Captain A. provided a statement to the Defence Council, in which he said, *inter alia*:

“As [the applicant’s] Troop Leader I was asked to represent him at Court Martial, this was the first Court Martial I have attended in any capacity. Although I have had experience in civil cases at both Magistrates’ and Crown Courts. ...

[The applicant] had indicated to me that he had gone absent from the Army for more than one reason. As expressed in his letter of 17 March 1993. He was showing reservations about his enthusiasm, commitment and devotion to duty. ...

[T]he petition states that I assumed the petitioner had no choice but to plead guilty, as he had been Absent Without Leave. I was unaware that he could have entered a plea of not guilty to the charge on the basis of duress. [The applicant] and I did not discuss the allegations of bullying in any great detail. This was because these allegations had been withdrawn by him under interview by MOD Police.

[The applicant] indicated to me that he wanted to drop all the references to the violence by the NCO during his training. This was in order that the trial date would be set significantly earlier and that the trial would be substantially shorter. This led me to advise [the applicant] to plead guilty as charged, as I had felt that this gave him his best opportunity to be discharged from the Army at the earliest date which was, after all, his overall aim. ...

I discussed with the Adjutant my role as the Defending Officer. We talked about the procedural steps of the court martial and my conduct leading up to the trial. It was confirmed to me that a guilty plea would produce an earlier trial date than that of not guilty.

I advised [the applicant] that references to his allegations of bullying could prolong and complicate his court martial. The mention of bullying would be introduced as part of his letter to his commanding officer dated 17 March 1993, which he agreed could be put forward for the court as mitigation. [The applicant] agreed that he did not wish to answer questions about his previous allegations, which he *had* dropped.

I therefore advised him to refer such questions to me and I would state to the court that this was an avenue down which he did not wish to proceed. ...”

17. The petition was refused by the reviewing authority on 14 July 1997, in the following terms:

“The Reviewing Authority has considered the petition submitted by your above-named client, and has denied it for the following reasons.

The down payment for Legal Aid was carefully calculated, and was well in line with the amount the petitioner would have had to pay under the civil system. The certificate signed by him shows clearly that he had decided not to proceed with his application for legal representation. We cannot accept that [the applicant] was in any way forced to accept this decision. He also appears to have been content to accept Captain [A.] as his defending officer.

The complaints about the petitioner being bullied were investigated by the SIB and the allegations could not be substantiated. Indeed it came to light during this investigation that the petitioner had told [another soldier] that he planned to go absent because he was merely tired of the training and the long hours being worked. In view of the SIB report, the Reviewing Authority must accept that the allegation that the petitioner was subjected to violence by a Non-Commissioned Officer cannot be substantiated, and cannot be regarded as a mitigating factor.

In considering your complaint that, had the petitioner been advised by a qualified solicitor, he would have been able to plead not guilty on the basis of duress, we had to rely on the advice given by the Judge Advocate General. He stated that a person is subject to duress when words or conduct from another person cause him to fear that he will be killed or seriously injured, if he does not commit the offence. Clearly, the petitioner could never have reasonably believed that he had cause to fear that he would be killed or seriously injured.

The Reviewing Authority notes that the petitioner had dropped his allegations of being subjected to violence by the time he appeared in Court. All Captain [A.] intended to do was to inform the Court that the petitioner did not wish to proceed with these allegations. In fact the Court was made aware of them because the letter from (*sic*) the Commanding Officer was read out to them.

We accept that Captain [A.] was mistaken in referring the petitioner to the booklet ‘Appeals and Petitions after conviction by Army Court Martial’, which was out of date after 1 April 1997. In addition the wrong paragraph was used in his advice to the petitioner. However as we have now received a petition, in spite of this mistaken advice, we believe that no harm has been done. ...”

18. On 26 July 1997 the applicant lodged an application for leave to appeal against conviction and sentence to the Courts-Martial Appeal Court. Leave to appeal was refused by the single judge on 22 October 1997, on the grounds that the defence of duress had not been open to the applicant, that he had been properly advised to plead guilty, and that the sentence was not manifestly excessive.

## II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

### A. The structure and procedure of courts martial

19. The Armed Forces Act 1996 (“the 1996 Act”) came into effect on 1 April 1997, amending the Armed Forces Act 1955 (“the 1955 Act”).

20. Under the 1996 Act, the initial decision whether or not to bring a prosecution is taken by the higher authority, who is a senior officer who must decide whether any case referred to him by the accused's commanding officer should be dealt with summarily, referred to the prosecuting authority, or dropped. Once the higher authority has taken this decision, he has no further involvement in the case.

21. Where the accused is a member of the army, the role of prosecutor is performed by the Army Prosecuting Authority ("the prosecuting authority"). Following the higher authority's decision to refer a case to it, the prosecuting authority has absolute discretion, applying similar criteria as those applied in civilian cases by the Crown Prosecution Service, to decide whether or not to prosecute, what type of court martial would be appropriate and precisely what charges should be brought. In addition, it conducts the prosecution (1996 Act, Schedule I, Part II). The prosecution is brought on behalf of the Attorney-General. The current prosecuting authority is the Director of Army Legal Services. In his role as prosecuting authority, the Director of Army Legal Services is answerable to the Attorney-General, while in his coexisting role as the army's senior lawyer he is answerable to the Adjutant General (the army's principal personnel and training officer, responsible, *inter alia*, for army disciplinary policy and a member of the Army Board). In pursuit of his latter role, the Director of Army Legal Services provides some military legal advice to the army chain of command. He does not advise the disciplinary chain of command of the army, this role being reserved to the Brigadier Advisory.

22. The Army Criminal Legal Aid Authority is also the responsibility of the Adjutant General.

23. The Court-Martial Administration Office (now the Army Court Service), independent of both the higher authority and the prosecuting authority, is responsible for making the arrangements for courts martial, including arranging venue and timing, ensuring that a judge advocate and any court officials required will be available, securing the attendance of witnesses and selecting members of the court. Its officers are appointed by the Defence Council. Before commencement of the court-martial hearing, the power to dissolve it is vested in the responsible court-administration officer. Until early 2001 the person in charge of the Court-Martial Administration Office was a retired officer. The Army Court Service was then created in its place, the head of which is now a serving brigadier.

24. At the relevant time, a district court martial ("DCM") was required to consist of a permanent president of courts martial, not less than two serving military officers of at least two years' military experience and a judge advocate (section 84D of the 1955 Act as amended by the 1996 Act). The court-administration officer,

commanding officers of the accused, members of the higher authority, investigating officers and all other officers involved in inquiring into the charges concerned were all barred from selection to the court martial (section 84C(4) of the 1955 Act as amended by the 1996 Act). The Courts Martial (Army) Rules 1997 further provide that an officer serving under the command of: (i) the higher authority referring the case; (ii) the prosecuting authority; or (iii) the court-administration officer are ineligible for selection. The Queen's Regulations provide that a court martial is, so far as practicable, to be composed of officers from different units.

25. The post of permanent president of courts martial ("the permanent president") was first created in 1941. Permanent presidents were routinely appointed thereafter to sit on DCMs whenever one was available until suspension of the post in 2000, around the time of a ruling by Assistant Judge Advocate Pearson on 6 March 2000 in *McKendry* (see paragraph 31 below) that the appointment of permanent presidents meant that courts martial did not have the necessary impartiality and independence for the purposes of Article 6 of the Convention. Permanent presidents were selected from the ranks of serving army officers of suitable age and rank. Until around the end of 1996, permanent presidents of courts martial held the rank of major. Thereafter their rank was raised to lieutenant-colonel, which resulted in permanent presidents routinely outranking the other serving officers on a DCM, who were never above the rank of major. Legal qualifications or experience were not required. Their appointment was usually expected to be for a period in excess of three years and was almost without exception the officer's last posting before his retirement from the army. The Military Secretary (a senior subordinate of the Adjutant General) had power to terminate the appointment of a permanent president, but this has never happened in practice.

26. Judge advocates are appointed by the Lord Chancellor and are civilians who must have at least seven years' experience as an advocate or five years' experience as a barrister. A judge advocate's rulings on points of law are binding on the court and he delivers a summing-up in open court before the court martial retires to consider its verdict. Once the court martial hearing has commenced, the power to dissolve it is vested in the judge advocate. He has a vote on sentence, but not on verdict. Under the 1996 Act, the Judge Advocate General lost his previous role of providing general legal advice to the Secretary of State for Defence (Schedule I, Part III, sections 19, 25 and 27).

27. Each member of a court martial has to swear the following oath:

"I swear by Almighty God that I will well and truly try the accused before the court according to the evidence, and that I will duly administer justice according to the Army Act 1955 without partiality, favour or affection, and I do further swear that I will not on

any account at any time whatsoever disclose or discover the vote or opinion of the president or any member of this court martial, unless thereunto required in the due course of law.”

28. Decisions on verdict and sentence are reached by majority vote (section 96 of the 1955 Act). The casting vote on sentence, if needed, rests with the president of the court martial, who also gives reasons for the sentence in open court. The members of the court are required to speak, and at the close of deliberations to vote on verdict and sentence, in ascending order of seniority.

29. All guilty verdicts reached and sentences imposed by a court martial must be reviewed by the “reviewing authority” (section 113 of the 1955 Act as amended by the 1996 Act). Although the ultimate responsibility rests with the Defence Council, the review is as a matter of practice generally delegated to a senior subordinate of the Adjutant General. Post-trial advice received by the reviewing authority from a judge advocate (different from the one who officiated at the court martial) is disclosed to the accused, who has the right to present a petition to the authority. The reviewing authority may quash any guilty verdict and associated sentence or make any finding of guilt which could have been made by the court martial, and may substitute any sentence (not being, in the authority’s opinion, more severe than that originally passed) which was open to the court martial (section 113AA of the 1955 Act as amended by the 1996 Act). The reviewing authority gives a reasoned decision and its verdict and sentence are treated for all purposes as if they were reached or imposed by the court martial.

30. There is a right of appeal against both conviction and sentence to the Courts-Martial Appeal Court (a civilian court of appeal) (section 8 of the Courts-Martial (Appeals) Act 1968). An appeal will be allowed where the court finds that the conviction is unsafe, but dismissed in all other cases. The court has power, *inter alia*, to call for the production of evidence and witnesses whether or not produced at the court martial (section 28 of the Courts-Martial (Appeals) Act 1968).

## **B. Domestic case-law**

31. The role of permanent president was examined by the Courts-Martial Appeal Court (which has the same composition as the civilian Court of Appeal) in *R. v. Spear and another* and in *R. v. Boyd* ([2001] Court of Appeal, Criminal Division (England and Wales) 2). The court dismissed the appellants’ complaint that the position of permanent presidents on courts martial violated Article 6 § 1 of the Convention because permanent presidents lacked the necessary independence and impartiality. The court declined to follow the reasoning of Assistant Judge Advocate Pearson in *McKendry*. Lord Justice Laws, delivering the judgment of the court, said:

“24. Mr Mackenzie of course relies on the decision of Assistant Judge Advocate General Pearson in *McKendry*. His judgment was given as we have said on 6 March 2000, by way of a ruling in a then current court martial upon objections raised on behalf of the defence to the PPCM [Permanent President] sitting as a member of the court. The judge advocate’s essential reasoning appears at pp. 8-9 of the transcript, after he had correctly directed himself as to the Article 6 standards to be applied (the numbering attached to the judge advocate general’s text is ours, not his):

‘1. I am concerned as to the terms of appointment of these Permanent Presidents. It seems to me that there is no fixed time limit other than a time which may be quite short – two, three or four years; certainly two years is probably too short to ensure full independence, four years may be suitable – I express no comment on that.

2. I am concerned as to their training. This reference to their visiting the APA [Army Prosecuting Authority], I suspect that is mistyping, nevertheless it is there in their current job description and I must be concerned with the perception of bias, and it does not look appropriate, in my view, for Permanent Presidents to be told they should attend a briefing from the Prosecuting Authority.

3. I am concerned obviously with their potential removal. Clearly anybody exercising judicial or quasi-judicial functions should be free from arbitrary removal, and there should be some sort of guarantee that the removal would only be on the basis of some sort of misconduct within that particular office. There is no security, therefore, it would seem to me, that applies to Permanent Presidents at the present time in their role.

4. I am also obviously concerned with the question of reporting, whether it be annual – which I doubt; it is more likely to be every two years, or perhaps on the renewal of their appointment – I cannot say, but certainly there is some reporting that appears to take place, and it seems to me again that is a significant difficulty which affects the perception of independence.

Now, I have specified those three [in fact, four] as being the main concerns that I have ... those particular concerns are sufficient in my view for me to rule that in the particular circumstances of the system as it now stands, the appointments of Permanent Presidents do not give rise to an independent and impartial tribunal.’

The judge advocate was at pains to insist that his ruling was ‘limited to this particular case’; but its reasoning plainly applies at least to all DCMs presided over by a PPCM.

25. Mr Mackenzie sought to build on the reasoning in *McKendry* with a series of further points ... In particular, he submitted that (a) there were no objective regulatory provisions governing the PPCM’s appointment, beyond the ordinary procedures for staff appointments; (b) ‘the medium rank of PPCM prevents such officers from being immune from general Army influence’ ...; (c) the PPCM is senior in rank to the other officers on the court martial ..., and would be likely to exert a substantial influence over them.

26. It is convenient to deal with this last point first. In *McKendry* the judge advocate stated at 6C-D (referring to junior members of a DCM):

‘Speaking for myself, having of course sat in on many, many sentencing matters with Permanent Presidents, I can say that I have found that the junior members ... the fact that they happen to be junior in rank, has not prevented them from being very robust in their sentencing arguments.’



As judge advocate he would not, of course, have participated in the court's deliberations upon conviction. It is to be noted that by paragraph 70(4) of the Court Martial (Army) Rules 1997 the junior officer is required to speak first in the course of any court martial's deliberations. The provision is plainly intended to ensure that junior members' genuine opinions are put forward.

27. Upon this point, Mr Mackenzie's argument does not go to the particular position of the PPCM at all, but rather to the differences in rank among the members of the court martial, whether the president is a PPCM or not. As such we doubt whether it is open to him. But we are clear in any event that there is no merit in it. If the argument were right, it would presumably mean that Article 6(1) required that the members of a court martial should be officers of the same rank. That cannot be the law. The notion, were it accepted, that it is reasonable to fear that between joint decision-makers of different rank there is a systematic likelihood that the more junior may be unduly influenced by the perceived views of the more senior would, surely, be an unlooked for and unwelcome side-effect of the Convention's beneficent regime. We consider it perfectly reasonable to suppose that junior officers would regard it as their duty to speak with their own voice, and that the modern culture of the Service would promote that very point of view. We do not think it would be reasonable for the accused soldier to entertain any different perception. This point is a bad one.

28. The argument as to the PPCM's medium rank and 'general Army influence' falls to be disposed of in like manner. But there is another point to be made. The way this argument is formulated – 'the medium rank of PPCM prevents such officers from being immune from general Army influence' – amounts, looked at rigorously, to an allegation of *actual* bias (whether unconscious or not). It is not, or not only, a matter of the appearance of the thing or of the presence or absence of objective guarantees. It is a delicate way of saying that such medium-ranking officers are relatively prone to take a prosecution line. That is quite a serious allegation, for which there is not a whisper of any supporting evidence. And in our view it is simply patronising to suggest that an officer in the rank of Lieutenant-Colonel ... will have his judgment on the concrete facts of a particular case affected by anything so amorphous as 'general Army influence'.

29. In our judgment Mr Mackenzie's further submission about the absence of any specific regulatory provision goes nowhere, unless it supports an argument to the effect that the PPCMs lack sufficient tenure in office for this court to be satisfied that the Article 6 requirements of independence and impartiality are met. ...

30. ... we should dispose of point (2) in *McKendry*. This rested in the judge advocate's understanding that Army PPCMs were required, as a training exercise, to visit and be briefed by the Army Prosecuting Authority. In fact the judge advocate himself reported (4E) the assurance given to him that no such visits took place. Lt Col Stone states in terms that he has never visited the APA. From the judge advocate's reasoning in *McKendry* it looks as if there must have been some rogue document or documents in circulation; but there is obviously nothing of substance in the point."

32. Lord Justice Laws concluded as follows on the appellants' complaint about the position of permanent presidents (at paragraph 33):

"... We consider that the conditions upon which PPCMs have been appointed, and held office, have involved no violation of Article 6(1), and in particular there was no violation on the facts of these cases. We should first collect the facts which have weighed with us. (1) The PPCMs effectively operated outside the ordinary chain of

command. They advisedly lived their professional lives largely in isolation from their Service colleagues. (2) While Mr Havers rightly accepted that there was no 'written guarantee' against removal, there is in fact no record of a PPCM ever having been removed from that position. Removal from office, we may readily infer, would only take place in highly exceptional circumstances which have never eventuated. (3) The appointment was the officer's last posting, offering no prospect of promotion or preferment thereafter. Neither of the PPCMs in these cases entertained any such prospect, hope or expectation. ... (4) The term of these PPCMs' appointments was for no less than four years ... (5) There have been no reports on Army PPCMs since April 1997. ..."

### C. Other relevant case-law

33. In *R. v. Généreux* ([1992] 1 Supreme Court Reports 259), the Supreme Court of Canada examined, *inter alia*, the compatibility of a Canadian general court martial with section 11(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms, which provides:

"11. Any person charged with an offence has the right

...

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal."

34. A general court martial consisted of between five and nine voting members, who were joined by a judge advocate who was called upon to determine questions of law or mixed law and fact during the trial. The judge advocate was appointed to the general court martial by the Judge Advocate General on an *ad hoc* basis.

35. The Supreme Court concluded that the judge advocate did not possess sufficient security of tenure to satisfy the requirement of "independence" under section 11(d) of the Charter. Lamer CJ, delivering the leading judgment of the court, commented as follows:

"... the judge advocate was appointed solely on a case by case basis. As a result, there was no objective guarantee that his or her career as a military judge would not be affected by decisions tending in favour of the accused rather than the prosecution. A reasonable person might well have entertained an apprehension that a legal officer's occupation as a military judge would be affected by his or her performance in earlier cases ... [or] that the person chosen as judge advocate had been selected because he or she had satisfied the interests of the executive, or at least has not seriously disappointed the executive's expectations, in previous proceedings. ...

Military judges who act periodically as judge advocates must therefore have a tenure that is beyond the interference of the executive for a fixed period of time."

He went on to note that amendments to Canadian court-martial procedures, which had come into force subsequent to the proceedings at issue in the case, had corrected deficiencies in the judge advocate's

security of tenure, providing for appointment for a period of between two and four years.

## THE LAW

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

36. The applicant made a series of complaints under Article 6 § 1 of the Convention relating to the general structure of the court-martial system in the United Kingdom following the 1996 Act. In addition, he made a number of specific complaints under Articles 6 §§ 1 and 3 (c) about the fairness of the proceedings and the lack of legal representation before his court martial.

37. The relevant parts of Article 6 provide:

“1. In the determination of ... any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. ...

...

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

...

(c) to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require;

...”

#### A. Applicability of Article 6

38. In the Court’s view, Article 6 is clearly applicable to the applicant’s court-martial proceedings, since they involved the determination of sentence following his plea of guilty to a charge of going absent without leave. Although, in contrast with *Findlay v. the United Kingdom* (judgment of 25 February 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I), the applicant was not charged with an ordinary criminal offence, the Court notes that following the hearing he was sentenced, *inter alia*, to nine months’ detention. In the face of such a substantial deprivation of liberty, there was clearly a “determination of a criminal charge” (see *Findlay*, cited above, p. 279, § 69; *Engel and Others v. the Netherlands*, judgment of 8 June 1976, Series A no. 22, p. 36, § 85; and *Hood v. the United Kingdom* [GC], no. 27267/95, ECHR 1999-I). Indeed, the Government did not dispute this point.

## **B. General complaints**

### *1. Arguments of the parties*

#### **(a) The applicant**

39. The applicant complained of a number of structural defects in the court-martial system as amended by the 1996 Act. He argued that his commanding and defending officers, the higher authority, the Court-Martial Administration Office, the Army Criminal Legal Aid Authority, the Army Prosecuting Authority and the officers who sat on the court martial itself were all controlled wholly or in part by the Adjutant General, who was himself directly subordinate to the Defence Council. In particular, he commented that the appointment, future appointment and promotion of the commanding, defending and prosecuting officers and the officers sitting on the court martial depended at least in part upon the Military Secretary, who was a subordinate of the Adjutant General. He highlighted the fact that the prosecuting authority was also Director of Army Legal Services (see paragraph 21 above) and, as such, was answerable to the Adjutant General. He stated that the Adjutant General also had responsibility for maintaining discipline in the army.

40. The applicant submitted that, in order to comply with Article 6 § 1 of the Convention, courts martial had to be independent of the army as an institution, particularly of senior army command. By contrast, at all key stages of the applicant's court martial, including the bringing of charges, the appointment of the members of the court, the reaching of a decision on verdict and sentence, and the review of such verdict and sentence, the applicant considered that the army hierarchy had been closely involved, as ultimately represented by the Adjutant General and the Defence Council.

41. The applicant drew particular attention to the means of selection by court-administration officers of the members of courts martial. He pointed out that there was no statutory or regulatory guidance as to how the members of the court martial were to be selected. Although there were rules about eligibility to sit on a court martial, those conducting the defence were not, as a matter of practice, provided with the information necessary to enable them to check whether the officers appointed to sit at a court martial were disqualified. The applicant submitted that there was nothing to prevent court administration officers, who are themselves appointed by the Defence Council, from considering themselves as acting in the army's interests when selecting the members of a court martial. He argued that the fact that the Adjutant General had, earlier in 2001, been able to replace the retired officer who had been in charge of the Court-Martial Administration Office with a serving army brigadier showed that that office was not, and never had been, independent of senior army

command. He added that, in any event, in practice the appointment of serving officers from their units to courts martial was normally left to the army's operational chain of command. As for permanent presidents of courts martial, although they were allocated to individual courts martial by the Court-Martial Administration Office, they were appointed to their post as permanent president by way of the normal army staff appointment system. All of these factors, he argued, brought the independence of courts martial into question.

42. The applicant highlighted the lack of formal security of tenure of permanent presidents, indicating that the Military Secretary had the power to terminate their appointment at any time. He stated that the appointment of permanent presidents and the nature of their role were not governed by any statutory or regulatory provision. Similarly, there was no formal provision protecting the permanent president from improper outside influence. He pointed out that, as a lieutenant-colonel, the permanent president in the applicant's case substantially outranked the two serving officers who sat on the court martial. Contrasting the full-time nature of the permanent president's appointment with the *ad hoc* nature of that of the two serving officers, he contended that the permanent president had an apparent experience and authority to which the junior officers were bound to defer.

43. The applicant submitted that, in principle, a court made up almost exclusively of army officers trying charges brought by the army could not constitute an "independent and impartial tribunal", particularly in the case of offences against army discipline such as absence without leave. This was especially the case where, as here, two of the three army officers involved had been appointed on an *ad hoc* basis for a single case. There were also no measures in place which could guarantee that the two serving officers would not be interfered with when executing their judicial functions. He identified a strong officer corps ethos in the British Army which recognised the importance of army discipline and of setting a deterrent to others in imposing terms of detention and which, he said, gave rise to an unavoidable conflict of interest at every court martial under the 1996 Act.

44. The applicant stated that the presence of an independent and impartial judge advocate on a court martial was not capable of remedying the failings which he had identified in the system, particularly as the judge advocate had no vote on verdict, was only one of four voting as to sentence and had far less influence over the other members of the court martial than did the permanent president.

45. At the sentencing stage, the applicant argued that army influence was illustrated by the fact that sentences were calculated by reference to previous decisions of courts martial which pre-dated the Court's decision in *Findlay* (cited above), and by the attendance of permanent presidents,

and possibly other officers sitting on courts martial, at army-discipline conferences.

46. In view of the fact that the Defence Council, as “reviewing authority”, had relatively wide powers to set aside the court martial’s verdict following its mandatory review, and of the fact that those powers were in practice normally delegated as in the applicant’s case to a serving officer, the applicant submitted further that the court martial did not possess the characteristics necessary to constitute a “tribunal established by law” and that its independence was brought further into doubt.

47. The applicant maintained also that the court martial before which he had appeared lacked the necessary characteristics to have been “established by law”. In particular, the applicant highlighted the lack of any law substantially controlling the selection and appointment of members of a court martial.

**(b) The Government**

48. The Government submitted that the court-martial system introduced by the 1996 Act was fully compatible with the Convention.

49. They contended that the fact that the Defence Council has certain functions as to command and administration of the armed forces, and appointments in those forces, did not mean that the applicant was not tried by an independent and impartial tribunal. They drew a distinction between “command” and “staff” appointments, stating that discipline was a function solely of those holding command appointments. They stated that the Adjutant General was not a command officer at all, but rather a very senior staff officer responsible for personnel policy. They argued that the applicant was wrong to suggest that the Military Secretary controlled the appointments and promotion of the officers sitting on a court martial, since such control was exercised by promotion and selection boards.

50. The Government stressed that the new court-martial system met all of the objections to the previous system identified by the Court in *Findlay* (see paragraph 45 above). In particular, they pointed out that the post of “convening officer” had ceased to exist and that his main roles were now split between the higher authority, the prosecuting authority and the Court-Martial Administration Officer.

51. The Government indicated that the role of the higher authority was a narrow one. His key decision as to whether to refer a matter back to the accused’s commanding officer for summary resolution, to refer it to the prosecuting authority for a decision on formal prosecution, or not to institute proceedings at all was essentially a command one, not a legal one.

52. In respect of the prosecuting authority, the Government highlighted that he and his staff were entirely independent of senior army

command and brought prosecutions on behalf of the Attorney-General. They argued that the current prosecuting authority's coexisting role as Director of Army Legal Services, in which capacity he was answerable to the Adjutant General, did not prejudice his independence or impartiality as a prosecutor, especially since the Director of Army Legal Services was no longer involved with the giving of advice on disciplinary matters to the chain of command.

53. The Government pointed out that the person in charge of the Court-Martial Administration Office at the time of the applicant's court martial was also a civilian and that his subordinate officers were independent of both the higher authority and the prosecuting authority. They refuted the applicant's assertion that the task of selecting the members of a court martial was routinely taken out of his hands and left to the army's operational chain of command.

54. They highlighted that the permanent president at the applicant's court martial was in his last post before retiring from the army, thus being appointed as such for a likely term of four years and eight months. He was also outside the chain of command, did not receive any confidential reports and worked from home. There was no record of a permanent president ever having been removed from his post prematurely.

55. As for the two serving army officers who sat on the applicant's court martial, the Government again emphasised the fact that they were outside the chain of command of the applicant, the higher and prosecuting authorities and the defending officer. Other guarantees against outside pressures existed in the form of the oath taken by each member of a court martial (see paragraph 27 above) and their obligation to follow rulings on points of law made by the judge advocate. They indicated that, in many ways, the position of the serving officers on a court martial was analogous to that of juries at civilian criminal trials. Although they were, like the defending officer, under the ultimate command of the commander of the UK land forces, the same could be said for every army officer. The Government asserted that it could not be suggested that this fact alone rendered trial by court martial inherently incompatible with Article 6 of the Convention.

56. The Government maintained that, to the extent that there were any inadequacies as to sentencing under the pre-1996 Act court-martial system, these had been met by the expanded role in that context of the judge advocate, and by the new right of appeal against sentence, both of which had been provided by that Act.

57. The Government stated that, contrary to the position at the time of *Findlay*, findings and sentences of courts martial were, at the time of the applicant's case, no longer subject to confirmation or revision by the "confirming officer". The role played by the "reviewing authority" could not, they argued, bring into question the fairness or independence of the applicant's court martial or its status as a "tribunal" under Article 6 § 1 of

the Convention. The authority was independent of the higher authority and the prosecuting authority as it was in a separate chain of command. It essentially provided an extra level of protection to an accused by checking that nothing obvious had gone wrong at the court martial. It could do so relatively quickly in comparison with an appeal, especially in cases concerning courts martial overseas, and was obliged to consider the advice of the judge advocate before reaching its decision. The Government asserted that, in carrying out its review, the authority could not act other than in favour of the accused. The Government reiterated that the review in no way affected the applicant's right of appeal to the Courts-Martial Appeal Court.

## 2. *The Court's assessment*

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

As to the question of "impartiality", there are two aspects to this requirement. Firstly, the tribunal must be subjectively free of personal prejudice or bias. Secondly, it must also be impartial from an objective viewpoint, that is, it must offer sufficient guarantees to exclude any legitimate doubt in this respect (see *Findlay*, cited above).

The concepts of independence and objective impartiality are closely linked and, as in *Findlay*, the Court will consider them together as they relate to the present case.

59. The Court notes that the practice of using courts staffed in whole or in part by the military to try members of the armed forces is deeply entrenched in the legal systems of many member States.

It recalls its own case-law which illustrates that a military court can, in principle, constitute an "independent and impartial tribunal" for the purposes of Article 6 § 1 of the Convention. For example, in *Engel and Others* (cited above), the Court found that the Netherlands Supreme Military Court, composed of two civilian justices of the Supreme Court and four military officers, was such a tribunal. However, the Convention will only tolerate such courts as long as sufficient safeguards are in place to guarantee their independence and impartiality.

60. In *Findlay* (cited above), the Court held that Mr Findlay's misgivings about the independence and impartiality of the general court martial before which he had appeared on various charges were objectively justified. The Court's concerns centred around the multiple roles played in the proceedings by the "convening officer". That officer played a key prosecuting role, but at the same time appointed the members of the



court martial, who were subordinate in rank to him and fell within his chain of command. He also had the power to dissolve the court martial before or during the trial and acted as “confirming officer”, with the result that the court martial’s decision as to verdict and sentence was not effective until ratified by him. The Court held that these fundamental flaws were not remedied by the presence of safeguards, such as the involvement of the judge advocate, who was not himself a member of the court martial and whose advice to it was not made public (see *Findlay*, cited above, pp. 281-82, §§ 74-78).

61. The Court notes that the changes introduced by the 1996 Act have gone a long way to meeting its concerns as shown in *Findlay*. The posts of “convening officer” and “confirming officer” have been abolished, and the roles previously played by those officers have been separated. The convening officer’s responsibilities in relation to the bringing of charges and progress of the prosecution are now split between the higher authority and the prosecuting authority (see paragraphs 20-21 above). His duties concerning the convening of the court martial, appointment of its members, arrangement of venue and summoning of witnesses have been entrusted to the Army Court Service (formerly the Court-Martial Administration Office), whose staff are independent of both the higher and prosecuting authorities. The convening officer’s powers to dissolve the court martial have been invested, prior to a hearing, in the Army Court Service and thereafter in the judge advocate, who is now a formal member of the court martial, delivers his summing-up in open court and has a vote on sentence.

62. The Court concludes that a separation has existed since the entering into force of the 1996 Act between the prosecutory and adjudicatory functions at a court martial which was not present in *Findlay*. Advisory functions have also been allocated separately to the Director of Army Legal Services and Brigadier Advisory. Although the Director of Army Legal Services is also the prosecuting authority, the Court is of the view that sufficient safeguards of independence exist in that, in his advisory role, he does not deal with disciplinary matters and, in any event, he is in that role answerable to the Adjutant General, while as prosecuting authority he is answerable to the Attorney-General.

63. For these reasons, the Court does not find that the applicant’s general complaint about the relationship between senior army command, as represented by the Defence Council and the Adjutant General, and those involved in the applicant’s court-martial proceedings, of itself gives rise to any violation of Article 6 § 1 of the Convention.

64. However, the question remains whether the members who heard the applicant’s court martial collectively constituted an “independent and impartial tribunal”, as those concepts have been explained in the case-law of the Court.

65. The Court recalls that, in *Incal v. Turkey* (judgment of 9 June 1998, *Reports* 1998-IV, pp. 1571-72, § 67), which concerned the criminal trial of a civilian before the National Security Court, it identified certain safeguards of independence and impartiality which existed in relation to the military judges who sat as members of that court. In particular, it noted that the military judges concerned underwent the same professional training as their civilian counterparts, that when sitting they enjoyed constitutional safeguards identical to those of civilian judges and that, according to the Turkish Constitution, they had to be independent and free from the instructions and influence of public authorities. However, it went on (p. 1572, § 68) to identify other aspects of the military judges' status which made their independence questionable. In particular, they were servicemen who still belonged to the army, they remained subject to army discipline and assessment reports, decisions pertaining to their appointment were to a great extent taken by the administrative authorities and the army, and their term of office was only four years and could be renewed.

66. Looking first at the method of appointment in the present case, the applicant raised concerns about the means of selection of the officers who sat on his court martial, and about the independence of the Court-Martial Administration Office, which was responsible for that selection. The fact that the head of the Court-Martial Administration Office was appointed by the Defence Council does not of itself give reason to doubt the independence of the court martial because he was, in any event, adequately separated from those fulfilling prosecutory and adjudicatory roles at the court martial. It notes that he appears to have had no fixed term of appointment and that there were no clear guarantees against interference by senior army command in his selection of courts martial. However, there is no evidence of any such interference in the applicant's case. Therefore, the Court concludes that the manner in which the applicant's court martial was appointed does not itself give rise to any lack of independence in that tribunal for the purposes of Article 6 § 1 of the Convention.

67. Turning to the terms of office and the existence of safeguards against outside pressures, the Court considers that it is necessary to examine in turn the positions of the permanent president and the two serving officers on the applicant's court martial. The applicant raises no objection as to the independence of the remaining member of the court martial, namely the judge advocate.

68. The Court notes that the permanent president in the applicant's case was appointed to his post in January 1997 and was due to remain in post for four years, eight months, until his retirement in September 2001. He also worked outside the chain of command. The Court considers that, in these respects, his position was similar to that of the military members

of the Netherlands Supreme Military Court in *Engel* (cited above). In that case, in declaring the military court “independent and impartial”, the Court drew attention to the fact that the appointment of the military members was usually the last of their careers and that they were not, in their functions as judges, under the command of any higher authority or under a duty to account for their acts to the service establishment (pp. 12-13, § 30, and p. 37, § 89).

The Court recalls that, although irremovability of judges during their terms of office must in general be considered as a corollary of their independence, the absence of a formal recognition of such irremovability in the law does not in itself imply a lack of independence, provided that it is recognised in fact and that other necessary guarantees are present (see *Campbell and Fell v. the United Kingdom*, judgment of 28 June 1984, Series A no. 80, p. 40, § 80). It notes also that, as highlighted by the Courts-Martial Appeal Court in *R. v. Spear and another* and *R. v. Boyd* (cited above – see paragraph 31), although there is no “written guarantee” against premature removal of permanent presidents, there is no record of a permanent president ever having been removed from office.

69. The applicant argues that the independence of the permanent president at the applicant’s court martial could have been reinforced by formal security of tenure and by embodiment of his appointment in a legal instrument of some kind. However, the Court finds that the presence of the permanent president did not call into question the independence of the court martial. Rather, his term of office and *de facto* security of tenure, the fact that he had no apparent concerns as to future army promotion and advancement and was no longer subject to army reports, and his relative separation from the army command structure, meant that he was a significant guarantee of independence on an otherwise *ad hoc* tribunal.

70. In contrast to the permanent president, the two serving officers who sat on the applicant’s court martial were not appointed for any fixed period of time. Rather, they were appointed on a purely *ad hoc* basis, in the knowledge that they would return to their ordinary military duties at the end of the proceedings. Although the Court does not consider that the *ad hoc* nature of their appointment was sufficient in itself to render the make-up of the court martial incompatible with the independence requirements of Article 6 § 1, it made the need for the presence of safeguards against outside pressures all the more important in this case.

71. The Court recognises that certain safeguards were in place in the present case. For example, the presence of the legally qualified, civilian judge advocate in his enhanced role under the 1996 Act was an important guarantee, just as the presence of two civilian judges in the Netherlands Supreme Military Court was found to be in *Engel* (cited above). This was particularly so since the applicant’s guilt, upon which the judge advocate

would have had no vote, was not at issue before the court martial. As indicated at paragraph 69 above, the presence of the permanent president provided another guarantee. The Court notes also the protection offered by the statutory and other rules about eligibility for selection to a court martial and the oath taken by its members (see paragraphs 24 and 27 above).

72. However, the Court considers that the presence of these safeguards was insufficient to exclude the risk of outside pressure being brought to bear on the two relatively junior serving officers who sat on the applicant's court martial. In particular, it notes that those officers had no legal training, that they remained subject to army discipline and reports, and that there was no statutory or other bar to their being made subject to external army influence when sitting on the case. This is a matter of particular concern in a case such as the present one where the offence charged directly involves a breach of military discipline. In this respect, the position of the military members of the court martial cannot generally be compared with that of a member of a civilian jury, who is not open to the risk of such pressures.

73. In relation to the applicant's complaints about the role played by the "reviewing authority", the Court recalls that the power to give a binding decision which may not be altered by a non-judicial authority is inherent in the very notion of "tribunal". The principle can also be seen as a component of the "independence" required by Article 6 § 1 (see *Findlay*, cited above, p. 282, § 77, and *Brumărescu v. Romania* [GC], no. 28342/95, § 61, ECHR 1999-VII). In *Findlay*, the role played by the "confirming officer" under the pre-1996 Act court-martial system was found to be contrary to this well-established principle.

74. In the present case, the applicant's sentence and conviction were subject, under changes introduced by the 1996 Act, to automatic review by the "reviewing authority". The Court notes that the authority was empowered to quash the applicant's conviction and the sentence imposed by the court martial. More importantly, it had powers to reach any finding of guilt which could have been reached by the court martial and to substitute any sentence which would have been open to the court martial, not being in the authority's opinion more serious than that originally passed. Any substituted verdict or sentence was treated as if it had been reached or imposed by the court martial itself.

75. The Court considers that the very fact that the review was conducted by such a non-judicial authority as the "reviewing authority" is contrary to the principle cited at paragraph 73 above. The Court is particularly concerned by the fact that the decision whether any substituted sentence was more or less severe than that imposed by the court martial would have been left to the discretion of that authority. The Court's concerns are not answered by the Government's argument

that the existence of the review serves the interests of convicted soldiers such as the applicant, nor by the essentially fair procedure followed by the authority when conducting its review.

76. The Court is of the view that the fundamental flaws which it has identified were not corrected by the applicant's subsequent appeal to the Courts-Martial Appeal Court, since that appeal did not involve any rehearing of the applicant's case but rather determined, in the form of a decision which ran effectively to two sentences, that leave to appeal against conviction and sentence should be refused.

77. For all these reasons, the Court considers that the applicant's misgivings about the independence of the court martial and its status as a "tribunal" were objectively justified.

78. In view of the above, it is not necessary to consider the applicant's other complaint under Article 6 § 1 that the court martial was not "established by law". Further, in view of the Court's conclusions about the applicant's complaint under Article 6 § 3(c) (see paragraph 93 below), it is not necessary for the Court to examine the applicant's complaint about the lack of independence of the Legal Aid Authority.

79. In conclusion, in respect of certain of the applicant's complaints about the general structure of the court-martial system, there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention.

### **C. Specific complaints**

#### *1. Arguments of the parties*

##### **(a) The applicant**

80. The applicant argued that he was entitled to legal representation at the court-martial proceedings but that this was denied him due to the unfairness of the army's legal-aid system. He pointed to alleged differences between that system and the civilian legal-aid system in the United Kingdom which he said disadvantaged his application for legal aid. In particular, he highlighted the fact that the army system required him to make a down-payment amounting to ten times his weekly disposable income, whereas the civil system would probably have required only weekly or monthly payments out of that income. He denied that he was offered the option of making the down-payment by way of ten weekly instalments and drew attention to the terms of the Legal Aid Authority's letter of 21 April 1997, which stated that legally aided solicitors would not be instructed until the payment had been made. He indicated that he was unable to afford the lump sum required and was thus effectively denied legal representation.

81. The applicant further argued that the defending officer who had the task of representing him was patently unable to act in his best interests since he was appointed by the applicant's commanding officer from within his own unit, and was thus subordinate to the very officer who had remanded the applicant for trial by court martial. He stated that he was not consulted about the choice of defending officer and that, as he had been out of the army for a considerable time by the time of his court martial, he would not have known any officer sufficiently well to make an informed choice. He commented that the defending officer failed to advise him properly on the possibility of lodging a "not guilty" plea based upon the defence of duress and to inform the court martial adequately of the reasons for the applicant going absent without leave. Although he recognised that he had signed a statement indicating that he did not want the military police to take any further action in connection with his allegations of bullying, he stressed that the statement concerned had continued to assert the truth of those allegations. He referred to the defending officer's disclosure to the Defence Council, following the court martial, of instructions given by the applicant in confidence, and of advice given to him, notwithstanding the applicant's solicitor's specific requests that he should not do so.

**(b) The Government**

82. The Government submitted that the down-payment of GBP 240 in respect of legal representation was requested by the Legal Aid Authority only following careful assessment of the applicant's means. They stated that the applicant was manifestly able to afford to pay that sum having regard to his net weekly income, as detailed in his initial application for legal aid. They alleged that payment by ten weekly instalments was an option and highlighted that the applicant chose to decline the offer before a reply had been received to the letter from his solicitor of 30 April 1997 seeking reconsideration by the Legal Aid Authority of the terms of the offer. They indicated that, had the applicant accepted the offer of legal aid, it would have been granted at once and would not thus have been conditional upon prior down-payment being made in full.

83. The Government further denied that the defending officer's appointment or conduct at the applicant's court martial had given rise to a violation of Article 6 § 1 of the Convention. They submitted that there was no basis for the defending officer to advise the applicant to plead not guilty to the charge since the defence of duress was bound to fail in the circumstances. The applicant's allegations of bullying and assault were insufficient in law to found such a defence and were, as confirmed by the investigating authorities at the time, not supported by the evidence. In any event, the applicant had withdrawn those allegations and had agreed that he did not want to answer questions about them at the hearing. They

affirmed that the allegations were in any case brought to the court martial's attention, and full reasons for the applicant's absence were thus given, because the defending officer had handed to the court the applicant's letter to his commanding officer of 17 March 1993 in the course of making arguments in mitigation.

84. The Government accepted that the defending officer had erroneously advised the applicant following his conviction about the possible consequences of bringing an appeal. However, they argued that the applicant had not been prejudiced by that advice since he had engaged a solicitor shortly afterwards and, no doubt following that solicitor's advice, had lodged a petition with the Defence Council as "reviewing authority" and subsequently appealed to the Courts-Martial Appeal Court.

85. The Government maintained that the defending officer was entitled to disclose the previously privileged information to the Defence Council following the court martial, in view of the serious allegations which the applicant made about that officer in his petition to the Council.

86. The Government drew attention also to the fact that the applicant had been entitled to legal aid for legal representation before the court martial, was offered such aid subject to a "modest" down-payment in line with that which would have been required in the civilian courts, and chose to decline the offer. It followed, according to the Government, that the defending officer was not, and was never intended to be, a substitute for a legal representative. They contrasted the position with criminal proceedings in the civilian context where, if an accused refused an offer of legal aid, he would generally have to represent himself at trial. The Government highlighted that the applicant had the right to select his own defending officer from outside his own unit, and that he was provided with a document informing him of this right in October 1996, but had chosen not to do so.

87. The Government denied that the applicant's defending officer had any links, apparent or otherwise, with the prosecuting authority or with the members of the court martial, who were all from different regiments and a different chain of command. They submitted that the mere fact that the defending officer was under the command of the applicant's CO and, like every other army officer, was under the ultimate command of the commander the UK land forces, could not affect the fairness of the applicant's court martial since the decision to prosecute and the conduct of the prosecution were the responsibility of the prosecuting authority.

## 2. *The Court's assessment*

88. The Court recalls that, in *Croissant v. Germany* (judgment of 25 September 1992, Series A no. 237-B, pp. 34-35, §§ 33-38), it held that there was no violation of Article 6 § 3 (c) where an individual was required

to pay a contribution to the cost of providing legal assistance and had sufficient means to pay.

89. The Court notes that the applicant was offered legal aid subject to a contribution of GBP 240. It does not regard the terms of the offer as arbitrary or unreasonable, bearing in mind the applicant's net salary levels at the time, regardless of whether or not the applicant was given the option of paying by way of instalments.

90. The Court notes further that, had the applicant accepted the Legal Aid Authority's offer of legal aid as communicated in its letter of 21 April 1997, he would have been represented at his court martial by an independent legal representative. Instead, the applicant refused that offer before the Legal Aid Authority had even responded to his solicitor's request for reconsideration of the terms of the offer. Indeed, the applicant certified on 2 May 1997 that he wanted to be represented by no other than his defending officer, and that he had made this choice of his own free will (see paragraph 13 above).

91. As a result, the Court finds no merit in the applicant's complaints about the independence of his defending officer and that officer's handling of his defence. In any event, it finds on the evidence that the defending officer did not fail adequately to advise or represent the applicant, save as regards the risks consequent to his appealing against the court martial's verdict. Even in that regard, the applicant went on to pursue an appeal with the assistance of legal representation, so that this error proved to be without consequence for the applicant.

92. The Court does not consider that the defending officer's disclosure of privileged information to the Defence Council in its capacity as "reviewing authority" gave rise in the circumstances to any unfairness in the court-martial proceedings.

93. Accordingly, as regards the applicant's specific complaints, there has been no breach of Article 6 §§1 or 3 (c) of the Convention.

## II. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

94. Article 41 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. Non-pecuniary damage

95. The applicant claimed 5,000 pounds sterling (GBP) for non-pecuniary damage on the basis that, had he been represented in



accordance with the Convention, he would have received a sentence substantially less than the one he did receive and possibly would not have received a custodial sentence at all.

96. The Government submitted that it was inappropriate to speculate as to what the outcome of the applicant's court martial would have been had circumstances been different. They argued that the applicant's assertions about what would have happened had he been differently represented at the court martial were wholly improbable given the fact that the applicant had gone absent without leave for over three and a half years, had been arrested rather than surrendering himself, and that the offence of absence without leave is a serious one in the army context.

97. The Court notes that the applicant associates his claim for non-pecuniary damage with his complaints about the representation with which he was provided at his court martial. The Court has concluded above that none of those complaints give rise to a violation of the Convention.

98. In any event, the Court considers that it cannot speculate as to what the outcome of the court-martial proceedings might have been had the violations of the Convention which it has found not occurred (see *Findlay*, cited above, p. 284, §§ 85 and 88).

In conclusion, the Court considers that its finding of a violation of Article 6 § 1 of the Convention in itself affords the applicant sufficient just satisfaction for the alleged non-pecuniary damage.

## **B. Costs and expenses**

99. The applicant also claimed GBP 20,925.46 in respect of costs and expenses, inclusive of value-added tax (VAT).

100. The Government submitted that the applicant's claim was excessive. They argued that the figure of 115 hours' work on the part of his main legal representative seemed very high. In particular, they questioned that part of the claim relating to the preparation of the applicant's submissions between November 1999 and January 2000, which amounted to fifty hours' work, and that part relating to preparation of his submissions for the hearing between July and October 2001, which amounted to thirty-five hours' work. They also suggested that work done during the latter period might have overlapped with domestic litigation in which the representative concerned was involved at the time. They indicated that there appeared no reason for the applicant to engage a second representative. They commented that a more reasonable figure for legal costs and expenses would be GBP 12,000, inclusive of VAT.

101. The Court recalls that only legal costs and expenses found to have been actually and necessarily incurred and which are reasonable as to

quantum are recoverable under Article 41 of the Convention (see, among other authorities, *Nikolova v. Bulgaria* [GC], no. 31195/96, § 79, ECHR 1999-II).

102. The Court notes that the bulk of the submissions made by the applicant's legal representative in January 2000 consisted of a general paper entitled "The British Army Court-Martial System following the Armed Forces Act 1996 and the European Human Rights Convention". It notes that the paper, which runs to some eighty-four pages excluding schedules, makes no specific mention of the present case and contained a significant amount of material which was never referred to in the proceedings before the Court. It considers that the paper was clearly intended for use beyond these proceedings. The Court therefore concludes that the applicant cannot claim that the entirety of the costs of the work done on that paper was actually and necessarily incurred and reasonable as to quantum. However, the Court does not accept the Government's argument that thirty-five hours' preparation for the hearing was excessive considering the breadth and complexity of the issues before the Court. Nor does the Court consider it unreasonable for the applicant to have instructed a second representative for the purposes of assisting at that hearing.

In the light of these matters, the Court awards the global sum of 30,000 euros for legal costs and expenses, inclusive of VAT.

### C. Default interest

103. 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, as regards certain of the applicant's complaints about the general structure of the court-martial system, there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention;
2. *Holds* that, as regards the applicant's specific complaints, there has been no breach of Article 6 § 1 of the Convention;
3. *Holds* that there has been no violation of Article 6 § 3 (c) of the Convention;
4. *Holds* that the finding of a violation of Article 6 § 1 of the Convention in itself constitutes sufficient just satisfaction for any non-pecuniary damage alleged by the applicant;

5. *Holds*

(a) that the respondent State is to pay to the applicant, within three months from the date on which the judgment becomes final according to Article 44 § 2 of the Convention, EUR 30,000 (thirty thousand euros) in respect of the costs and expenses of the proceedings before the Convention organs, inclusive of value-added tax;

(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 claim for just satisfaction.

Done in English, and notified in writing on 26 February 2002, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

S. DOLLÉ  
Registrar

J.-P. COSTA  
President



MORRIS c. ROYAUME-UNI  
(*Requête n° 38784/97*)

TROISIÈME SECTION<sup>1</sup>

ARRÊT DU 26 FÉVRIER 2002<sup>2</sup>

- 
1. Dans sa composition antérieure au 1<sup>er</sup> novembre 2001.
  2. Traduction; original anglais.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Indépendance et impartialité d'une cour martiale****Article 6 § 1**

*Tribunal indépendant et impartial – Procédure pénale – Indépendance et impartialité d'une cour martiale – Examen de l'indépendance des membres de la cour martiale – Relation entre le haut commandement de l'armée et les membres de la cour martiale – Mode de désignation – Inamovibilité – Garanties contre des ingérences extérieures – Contrôle de la condamnation par une autorité extrajudiciaire – Carences fondamentales non corrigées en appel*

\*  
\* \*

Le requérant, un militaire, fut arrêté en 1996 après s'être absenté sans permission. Il fut placé en détention dans l'attente de son procès et son chef de corps désigna un capitaine sans formation juridique comme « officier défenseur ». L'intéressé sollicita l'assistance judiciaire afin de pouvoir se faire représenter par un *solicitor*, ce qui lui fut accordé moyennant le versement d'un acompte de 240 livres sterling. Son *solicitor* demanda que cette condition soit revue, mais avant d'avoir reçu une réponse le requérant refusa l'offre d'assistance judiciaire et signa un document où il déclarait vouloir n'être représenté que par l'officier défenseur. Le procès en cour martiale se tint en mai 1997. La cour était composée d'un président (un président permanent des cours martiales, désigné à ce poste en janvier 1997 pour l'occuper jusqu'à son départ à la retraite en septembre 2001), de deux capitaines en activité et d'un *judge advocate* civil ayant une formation juridique. Le requérant plaida coupable; il fut condamné à une peine d'emprisonnement de neuf mois et à être révoqué de l'armée. Il désigna ensuite un *solicitor* qui adressa un recours à l'« autorité de contrôle ». Celle-ci rejeta le recours puis un juge unique de la cour martiale d'appel refusa à l'intéressé l'autorisation de saisir cette juridiction.

1. Article 6 § 1: cette disposition s'applique manifestement car la procédure a emporté décision sur la peine à infliger au requérant après qu'il eut plaidé coupable; alors qu'il n'était pas accusé d'une infraction pénale ordinaire, il a été condamné à une peine privative de liberté, ce qui suppose à l'évidence une décision sur une accusation en matière pénale. Les notions d'indépendance et d'impartialité étant étroitement liées, il convient de les examiner ensemble. Un tribunal militaire peut en principe constituer un tribunal indépendant et impartial mais seulement lorsqu'il existe des garanties suffisantes. Dans des précédents portant sur les cours martiales au Royaume-Uni, la Cour était essentiellement préoccupée par les multiples fonctions exercées par l'« officier convocateur ». Les modifications apportées par la loi de 1996 sur les forces armées ont répondu pour une large part

---

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

à ces préoccupations; en effet, les fonctions auparavant exercées par l'«officier convocateur» et l'«officier confirmateur» ayant été scindées, il existe désormais une distinction entre les attributions des cours martiales dans les domaines des poursuites et du pouvoir décisionnel. De plus, les fonctions de conseil ont aussi été attribuées différemment et les garanties d'indépendance à cet égard sont suffisantes. C'est pourquoi la relation entre le haut commandement de l'armée et les personnes qui ont participé au procès du requérant en cour martiale, et dont ce dernier tire un grief d'ordre général, n'emporte pas en soi violation de l'article 6. Toutefois, il reste à déterminer si les membres de la cour martiale constituaient collectivement un tribunal indépendant et impartial. Considérant le mode de désignation, le fait que le chef du bureau ayant choisi les officiers qui ont siégé à son procès en cour martiale soit désigné par le Conseil de défense ne constitue pas en soi un motif de douter de l'indépendance de la cour martiale parce que son rôle est bien distinct des fonctions de poursuite et de décision. Même s'il ne paraît pas s'être vu attribuer un mandat à durée déterminée et s'il n'existait pas de garantie claire le protégeant des ingérences du haut commandement de l'armée, aucun élément ne prouve qu'il y ait eu pareille ingérence en l'espèce. Dès lors, la manière dont ont été désignés les membres de la cour martiale n'a pas en soi porté atteinte à l'indépendance de ce tribunal. Quant au mandat des membres de la cour martiale et à la présence de garanties contre les pressions extérieures, il est nécessaire d'examiner la situation du président permanent et celle des deux officiers en activité. En ce qui concerne le président, l'absence de consécration expresse de l'inamovibilité d'un juge n'implique pas en soi un défaut d'indépendance du moment qu'il y a reconnaissance de fait et que d'autres conditions se trouvent réunies. En l'espèce, son inamovibilité *de facto*, jointe au fait que le président ne nourrissait aucune préoccupation apparente quant à sa promotion future dans l'armée et n'était plus soumis à des rapports de notation, et quant à sa séparation relative d'avec la structure de commandement militaire, implique qu'il représentait en fait une garantie d'indépendance significative au sein d'un tribunal par ailleurs composé de manière *ad hoc*. En revanche, les deux officiers en activité n'étaient pas désignés pour une durée fixe mais à titre purement *ad hoc*, ce qui a renforcé la nécessité de mesures de protection contre les pressions extérieures. La présence d'un juge civil doté d'une formation juridique et du président permanent fournissait des garanties, tout comme les dispositions légales relatives aux critères de sélection des membres des cours martiales et le serment prêté par chacun d'eux. Cependant, ces garanties n'étaient pas suffisantes pour exclure le risque que des pressions extérieures ne s'exercent sur les deux officiers en activité, d'un grade relativement peu élevé, qui n'avaient aucune formation juridique et restaient soumis à la discipline et à la notation militaires. Or cela est particulièrement préoccupant dans une affaire concernant précisément un manquement à la discipline militaire. Enfin, le fait que le contrôle soit effectué par l'«autorité de contrôle» est contraire au principe voulant qu'une décision obligatoire rendue par un «tribunal» ne puisse être modifiée par une autorité non judiciaire. Ces carences fondamentales n'ont pas été corrigées par le recours formé devant la cour martiale d'appel, qui a refusé l'autorisation de la saisir sans tenir d'audience. En conclusion, les doutes du requérant quant à l'indépendance de la cour martiale et à son caractère de «tribunal» étaient objectivement justifiés.

*Conclusion* : violation (unanimité).



2. Article 6 §§ 1 et 3 c) : les termes de l'offre d'assistance judiciaire n'étaient ni arbitraires ni déraisonnables compte tenu de la solde du requérant. Or il a refusé cette offre avant même de recevoir une réponse à la demande de révision de la condition imposée et a déclaré au lieu de cela qu'il ne voulait être représenté par personne d'autre que son officier défenseur. Dans ces conditions, les griefs de l'intéressé quant à l'indépendance de son officier défenseur et à la manière dont celui-ci a mené sa défense sont dénués de fondement.

*Conclusion* : non-violation (unanimité).

Article 41 : la Cour considère que le constat de violation constitue une satisfaction équitable suffisante pour le dommage moral et alloue une certaine somme pour frais et dépens.

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

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

*Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 juin 1984, série A n° 80

*Croissant c. Allemagne*, arrêt du 25 septembre 1992, série A n° 237-B

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

*Incal c. Turquie*, arrêt du 9 juin 1998, *Recueil* 1998-IV

*Nikolova c. Bulgarie* [GC], n° 31195/96, CEDH 1999-II

*Brumărescu c. Roumanie* [GC], n° 28342/95, CEDH 1999-VII



**En l'affaire Morris 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,

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 23 octobre 2001 et  
30 janvier 2002,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 38784/97) dirigée contre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et dont un ressortissant de cet Etat, M. Dean Morris (« le requérant »), avait saisi la Commission européenne des Droits de l'Homme (« la Commission ») le 31 octobre 1997 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 allègue qu'il n'a pas été entendu par un tribunal indépendant et impartial en raison des défauts tenant à la structure du système des cours martiales. En outre, son audience devant la cour martiale n'aurait pas été équitable du fait des actes des autorités de poursuite et de son officier défenseur. Enfin, il n'aurait pas bénéficié d'une assistance judiciaire gratuite comme il en avait le droit.

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 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.

5. Par une décision du 3 juillet 2001, la chambre a déclaré la requête recevable<sup>1</sup>.

6. Tant le requérant que le Gouvernement ont déposé des observations écrites sur le fond de l'affaire (article 59 § 1 du règlement).

---

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

7. Le 1<sup>er</sup> novembre 2001, la Cour a modifié la composition de ses sections (article 25 § 1 du règlement). La présente requête a cependant continué à être examinée par la chambre de l'ancienne troisième section qui l'avait déclarée recevable.

8. Une audience s'est déroulée en public au Palais des Droits de l'Homme, à Strasbourg, le 23 octobre 2001 (article 59 § 2 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

MM. C. WHOMERSLEY, ministre des Affaires étrangères et du Commonwealth,	<i>agent,</i>
P. HAVERS <i>QC</i> ,	<i>conseil,</i>
J. BETTELEY,	
M <sup>me</sup> L. NICHOLL,	
MM. D. HOWELL,	
G. RISIUS,	
S. ANDREWS,	<i>conseillers ;</i>

– *pour le requérant*

MM. J. MACKENZIE,	<i>conseil,</i>
S. LINDSAY,	<i>conseiller.</i>

La Cour a entendu en leurs déclarations M. Mackenzie et M. Havers.

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

9. En septembre 1991, à l'âge de seize ans, le requérant s'enrôla dans l'armée britannique, plus précisément dans les *Life Guards*, les cavaliers de la garde. En novembre 1992, il fut affecté au régiment de cavalerie de la garde royale (*Household Cavalry Mounted Regiment* – « le HCMR »), où il apprit l'équitation. Il allègue que des militaires, dont un soldat de première classe, lui firent subir des brimades pendant les leçons d'équitation. Vers la fin de novembre 1992, le soldat de première classe lui aurait donné un coup de poing sur le côté de la tête, ce qui l'aurait fait tomber et se cogner la tête par terre. Le 30 novembre 1992, quelques jours après cette agression, l'intéressé se fit porter malade et déclara au médecin militaire que sa blessure au visage résultait d'une chute de cheval. Le 26 février 1993, le requérant, qui allègue avoir craint une nouvelle agression, s'absenta sans permission. Le 17 mars 1993, il écrivit une lettre au chef de corps du régiment (un lieutenant-colonel), où il

déclarait notamment : « mon incapacité à faire preuve d'un enthousiasme suffisant pendant l'entraînement a parfois conduit certains sous-officiers à commettre des violences physiques » ; il y demandait aussi à ne plus servir dans l'armée. Cette lettre resta sans réponse.

10. La police arrêta le requérant le 16 octobre 1996 et le conduisit à la caserne du régiment, située à Hyde Park, à Londres. Le lendemain, il fut accusé de s'être absenté sans permission au mépris de l'article 38 a) de la loi de 1955 sur les armées. Le 18 octobre 1996, le major Kelly, en sa qualité de chef de corps adjoint, le mit aux arrêts de rigueur. Le rapport du 24 octobre 1996, rédigé au bout de huit jours d'incarcération, indique le motif de détention suivant : « susceptible de s'absenter (...) – a déjà proposé un pot-de-vin au sous-officier adjoint de garde pour qu'il le libère ». Le 31 octobre 1996, il comparut devant le chef de corps, qui le mit aux arrêts de rigueur afin d'obtenir sa déposition, puis aux arrêts simples le 11 novembre 1996. Le chef de corps le plaça en détention provisoire en attendant le jugement par une cour martiale de district le 13 mars 1997.

11. Dans une déclaration formulée le 4 novembre 1996 devant la police militaire, le requérant indiqua avoir été agressé par le soldat de première classe au cours de la semaine précédant son absence sans permission, mais il affirma dans une déclaration du 29 janvier 1997 que l'agression s'était produite en février 1993. La police constata que le soldat en question avait quitté l'armée et enregistra les déclarations d'autres militaires qui avaient suivi les mêmes cours d'équitation que l'intéressé. Elle ne trouva aucun élément pour étayer sa plainte. Le requérant signa par la suite une déclaration où il indiquait notamment : « [j]e suis parvenu à la conclusion que la seule chose que je veuille, c'est quitter l'armée et recommencer à vivre (...). Même si cette agression a eu lieu, je ne veux pas que la police militaire (...) prenne une autre mesure au sujet de cet incident, quelle qu'elle soit. »

12. Après que le requérant eut été placé en détention dans l'attente de son procès, le chef de corps désigna le capitaine A. comme « officier défenseur ». Ce dernier était un officier de l'armée sans formation juridique, servant dans le HCMR comme commandant de troupes. Le requérant sollicita l'assistance judiciaire auprès de l'autorité militaire compétente en matière d'assistance judiciaire au pénal (« l'autorité militaire compétente ») afin de pouvoir se faire représenter par un *solicitor*. Il indiqua sur le formulaire de demande que sa solde hebdomadaire, après déduction des impôts, du loyer et de l'assurance sociale, était de 158,13 livres sterling (GBP), et qu'il ne possédait pas d'économies ni de biens de valeur. Le formulaire était contresigné par son chef de corps. Par une lettre du 26 mars 1997, l'autorité militaire répondit qu'une accusation d'absence sans permission ne justifiait pas normalement une représentation en justice, mais que soit son chef de corps soit

lui-même devait lui adresser une lettre exposant les raisons pour lesquelles il considérait qu'une assistance judiciaire devait lui être accordée à titre exceptionnel, si tel était le cas. Le *solicitor* du requérant écrivit à l'autorité militaire le 18 avril 1997 pour faire observer que l'intéressé risquait une peine d'emprisonnement et devait donc être représenté. Par une lettre du 21 avril 1997, l'autorité militaire proposa au requérant l'assistance judiciaire moyennant un acompte de 240 GBP. Le Gouvernement affirme que le requérant aurait pu payer en dix versements hebdomadaires de 24 GBP chacun, mais celui-ci dément que cette possibilité lui ait été offerte. Le 30 avril 1997, le *solicitor* du requérant écrivit à l'autorité militaire pour lui demander de revoir la condition relative au versement d'un acompte, mais le 2 mai 1997 avant que l'autorité militaire n'eût répondu, le requérant refusa l'offre d'assistance judiciaire. En conséquence, il ne fut pas représenté par un *solicitor* devant la cour martiale.

13. Le 2 mai 1997, le requérant signa également un document adressé «à qui de droit», où il faisait la déclaration suivante :

«Je soussigné, Morris D., matricule 25009734, soldat de deuxième classe dans les *Life Guards*, certifie que je ne souhaite plus être représenté à mon prochain procès devant la cour martiale de district autrement que par mon officier défenseur, le capitaine [A.]»

J'ai pris cette décision de mon plein gré. Je comprends qu'il ne sera désormais plus tenu aucun compte des précédents courriers se rapportant à ma demande de représentation en justice.»

14. Le procès du requérant en cour martiale se tint à la caserne de Chelsea le 28 mai 1997. La cour siégeait dans la composition suivante : lieutenant-colonel A.D. Hall, du corps royal des ingénieurs en électricité et mécanique, président permanent des cours martiales (désigné à ce poste en janvier 1997 pour l'occuper jusqu'à son départ à la retraite en septembre 2001), président; capitaine R. Reid, du corps royal des médecins militaires, à Aldershot; capitaine W.D. Perks, du second bataillon du régiment royal du Gloucestershire, Berkshire et Wiltshire (volontaires), à Reading, ainsi qu'un *judge advocate* civil ayant une formation juridique (paragraphe 26 ci-dessous). Les trois officiers ne relevaient pas de la zone de commandement dans laquelle le requérant servait. Le président travaillait chez lui lorsqu'il ne participait pas à des audiences de cour martiale.

15. Le capitaine A. représenta le requérant, qui plaida coupable du chef d'absence sans permission entre le 25 février 1993 et le 16 octobre 1996. La lettre adressée par l'intéressé le 17 mars 1993 à son chef de corps fut remise à la cour, sans autre mention des brimades que l'intéressé alléguait avoir subies. Le requérant fut condamné à être révoqué de l'armée et à une peine d'emprisonnement de neuf mois.

16. Après l'audience, le capitaine A. informa le requérant que, s'il interjetait appel, la date de début de la peine risquait d'être repoussée à la date de rejet de l'appel, ce qui était faux. Le 31 mai 1997, le requérant désigna un *solicitor*. Le 19 juin 1997, celui-ci adressa un recours au Conseil de défense, en sa qualité d'«autorité de contrôle» (paragraphe 29 ci-dessous), en se fondant sur le fait que le requérant n'avait pas été représenté devant la cour martiale et que ses allégations d'agression n'avaient pas été soumises à la cour, soit pour plaider la contrainte (cet argument peut être utilisé en défense lorsque la personne accusée d'une infraction pénale peut montrer qu'à l'époque des faits elle était raisonnablement convaincue qu'elle serait tuée ou grièvement blessée si elle ne commettait pas cette infraction) soit pour demander une atténuation de la peine. Aux termes du recours, il était peu vraisemblable que l'officier défenseur eût compris que le requérant pouvait invoquer la contrainte pour sa défense et cet officier aurait déclaré qu'on lui avait «donné l'ordre» de ne pas se référer à ces allégations devant la cour martiale, sans préciser de qui venait cet ordre. Le recours mentionnait également les instructions que l'officier défenseur avait données à l'intéressé quant à ce que celui-ci devait faire au cas où la cour martiale lui poserait d'elle-même des questions sur ses allégations. Il indiquait enfin que l'officier défenseur avait informé le requérant que «s'il faisait appel, sa peine pourrait bien être allongée». Le jour du dépôt du recours, le *solicitor* écrivit au capitaine A. pour l'inviter à formuler des commentaires à ce sujet et lui rappeler qu'il était soumis au secret professionnel et ne devait divulguer à aucun tiers les détails de ses entretiens avec le requérant. Malgré cet avertissement, le capitaine A. remit au Conseil de défense une déclaration où il indiquait notamment :

«En ma qualité de chef de troupes [du requérant], on m'a demandé de le représenter devant la cour martiale; c'est le premier procès en cour martiale auquel j'ai assisté, à quelque titre que ce soit, alors que j'ai l'expérience d'affaires civiles devant des *Magistrates'courts* et des *Crown courts*. (...)

[Le requérant] m'a déclaré qu'il s'était absenté de l'armée pour de multiples raisons; comme indiqué dans sa lettre du 17 mars 1993, il montrait des réserves quant à son enthousiasme, son engagement et son dévouement au devoir. (...)

[L]e recours indique que j'ai supposé que l'appelant n'avait pas d'autre possibilité que de plaider coupable, puisqu'il s'était absenté sans permission. Je ne savais pas qu'il aurait pu plaider non coupable en invoquant la contrainte. [Le requérant] et moi n'avons pas discuté des allégations de brimades très en détail, et ce parce qu'il les avait retirées lorsqu'il avait été interrogé par les policiers militaires.

[Le requérant] m'a déclaré qu'il voulait supprimer toute référence aux violences commises par le sous-officier pendant sa formation, afin que le procès puisse se tenir à une date bien plus proche et dure sensiblement moins longtemps. Cela m'a conduit à conseiller [au requérant] de plaider coupable, car il me semblait qu'il pourrait ainsi être

révoqué de l'armée au plus tôt, ce qui, après tout, était le but principal qu'il recherchait. (...)

J'ai parlé avec l'officier adjoint de mon rôle d'officier défenseur. Nous avons évoqué les étapes de la procédure devant la cour martiale et la conduite que j'aurais à tenir jusqu'au procès. Il m'a été confirmé qu'en plaidant coupable la date du procès pourrait être fixée plus tôt qu'en plaidant non coupable.

J'ai informé [le requérant] que le fait de mentionner ses allégations de brimades pourrait prolonger et compliquer son procès. Ce sujet serait abordé par le biais de sa lettre du 17 mars 1993 adressée à son chef de corps, où il en parlait; il accepta que cette lettre fût soumise à la cour comme circonstance atténuante. [Le requérant] convint qu'il ne voulait pas répondre à des questions concernant ses allégations antérieures, qu'il avait bel et bien abandonnées.

C'est pourquoi je lui ai conseillé de me transmettre pareilles questions si on lui en posait, à charge pour moi de déclarer à la cour qu'il ne souhaitait pas en parler. (...)»

17. Le 14 juillet 1997, l'autorité de contrôle rejeta le recours en ces termes :

«L'autorité de contrôle a examiné le recours soumis par votre client susmentionné, et le rejette pour les raisons suivantes.

L'acompte pour l'assistance judiciaire a été calculé avec soin, et correspond bien au montant que l'appelant aurait dû payer dans le cadre du système civil. L'attestation qu'il a signée montre à l'évidence qu'il avait décidé de ne pas maintenir sa demande de représentation. Nous ne pouvons admettre que [le requérant] a en quoi que ce soit été contraint de prendre cette décision. Il semble également qu'il ait été satisfait d'avoir le capitaine [A.] pour officier défenseur.

Le bureau des enquêtes spéciales de la police militaire a enquêté sur les griefs de brimade et n'a pu établir les allégations. De fait, il est apparu lors de l'enquête que l'appelant avait déclaré à [un autre soldat] qu'il avait l'intention de s'absenter simplement parce qu'il en avait assez de la formation et des longues heures de travail. Eu égard au rapport du bureau des enquêtes spéciales, l'autorité de contrôle doit admettre que l'allégation selon laquelle l'appelant a subi des violences de la part d'un sous-officier ne peut être établie, et ne saurait donc passer pour une circonstance atténuante.

Pour examiner votre grief selon lequel l'appelant aurait pu plaider non coupable en invoquant la contrainte s'il avait bénéficié des conseils d'un *solicitor* qualifié, nous nous sommes fiés à l'avis du *Judge Advocate General*. Celui-ci a déclaré qu'une personne est soumise à la contrainte lorsque les paroles ou le comportement d'une autre personne lui font craindre d'être tué ou grièvement blessé si elle ne commet pas l'infraction en cause. Il apparaît à l'évidence que l'appelant n'a à aucun moment pu raisonnablement croire qu'il avait des raisons de craindre d'être tué ou gravement blessé.

L'autorité de contrôle constate que l'appelant avait abandonné ses allégations de violence avant de comparaître devant la cour martiale. Le capitaine [A.] avait seulement l'intention d'informer la cour que l'appelant ne souhaitait pas maintenir ces allégations. En fait, la cour en a quand même eu connaissance parce qu'il lui a été donné lecture de la lettre du (*sic*) chef de corps.



Nous reconnaissons que le capitaine [A.] a commis une erreur en conseillant à l'appelant de consulter la brochure intitulée «Appels et recours après une condamnation par une cour martiale de l'armée de terre» [*«Appeals and Petitions after conviction by Army Court Martial»*], qui n'était plus valable après le 1<sup>er</sup> avril 1997. En outre, il s'est également trompé de paragraphe. Toutefois, puisque nous devons nous prononcer sur le recours, nous estimons qu'en dépit de ces conseils erronés l'appelant n'a subi aucun préjudice. (...)»

18. Le 26 juillet 1997, le requérant sollicita l'autorisation de saisir la cour martiale d'appel. Un juge unique la refusa le 22 octobre 1997 au motif que l'intéressé n'avait pas la possibilité d'invoquer la contrainte comme moyen de défense, que le conseil de plaider coupable lui avait été donné à bon escient et que la peine infligée n'était pas manifestement excessive.

## II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

### A. La structure des cours martiales et la procédure devant elles

19. La loi de 1996 sur les forces armées (la «loi de 1996»), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 1997, est venue amender la loi de 1955 sur les forces armées (la «loi de 1955»).

20. En vertu de la loi de 1996, la décision initiale d'engager ou non des poursuites appartient à l'autorité supérieure – un officier supérieur – qui doit déterminer si une affaire dont l'a saisie le chef de corps de l'accusé doit être traitée selon une procédure simplifiée, renvoyée à l'autorité de poursuite, ou classée définitivement. Une fois sa décision prise, l'autorité supérieure n'aura plus à intervenir.

21. Lorsque l'accusé appartient à l'armée, le rôle du procureur est assuré par l'autorité de poursuite de l'armée («l'autorité de poursuite»). Après la décision de l'autorité supérieure de lui déférer une affaire, l'autorité de poursuite a toute latitude, en appliquant des critères analogues à ceux dont le parquet fait usage au civil, de décider d'entamer ou non des poursuites, de choisir le type de cour martiale approprié et de préciser les chefs d'accusation. C'est elle qui mènera alors les poursuites (annexe I à la loi de 1996, partie II), au nom de l'*Attorney General*. Actuellement, l'autorité de poursuite est la direction des services juridiques de l'armée. Dans son rôle d'autorité de poursuite, le directeur doit rendre compte à l'*Attorney General* et, lorsqu'il exerce les fonctions de juriste principal de l'armée, il doit faire rapport à l'*Adjutant General* (officier responsable du personnel et de la formation, chargé notamment de la politique disciplinaire de l'armée et membre de la commission *ad hoc* de l'armée (*Army Board*)). Dans ces dernières attributions, le directeur des services juridiques de l'armée fournit des conseils juridiques à la hiérarchie militaire, mais non à la hiérarchie

disciplinaire, ce rôle étant réservé au comité consultatif du général de brigade.

22. L'autorité militaire compétente en matière d'assistance judiciaire pénale est également sous la responsabilité de l'*Adjutant General*.

23. Le bureau administratif de la cour martiale (désormais le service judiciaire des armées), indépendant de l'autorité supérieure comme de l'autorité de poursuite, est chargé de prendre les dispositions nécessaires pour les cours martiales, notamment fixer les lieu et date du procès, s'assurer de la disponibilité d'un *judge advocate* et de tout agent de la cour dont la présence serait nécessaire, veiller à la comparution des témoins et choisir les membres des cours martiales. Les officiers du bureau sont nommés par le Conseil de défense. L'officier administrateur responsable a compétence pour dissoudre la cour avant l'audience. Jusqu'au début de 2001, le responsable du bureau administratif de la cour martiale était un officier à la retraite. Le service judiciaire des armées, qui a été créé pour le remplacer, est maintenant dirigé par un général de brigade en activité.

24. A l'époque des faits, une cour martiale de district devait se composer d'un président permanent des cours martiales («président permanent»), d'au moins deux officiers en activité ayant un minimum de deux années d'expérience militaire et d'un *judge advocate* ou rapporteur (article 84D de la loi de 1955 tel qu'amendé par la loi de 1996). L'officier administrateur, les supérieurs de l'accusé, les membres de l'autorité supérieure, les officiers enquêteurs ainsi que tous les autres officiers ayant participé à l'instruction de l'affaire ne pouvaient faire partie de la cour martiale (article 84C(4) de la loi de 1955 tel qu'amendé par la loi de 1996). Le règlement de 1997 sur les cours martiales (*Courts Martial (Army) Rules 1997*) prévoit en outre qu'un officier servant sous les ordres de : i. l'autorité supérieure qui renvoie l'affaire, ii. l'autorité de poursuite, ou iii. l'officier administrateur, ne peut être choisi. Les décrets royaux (*Queen's Regulations*) disposent qu'une cour martiale doit, autant que faire se peut, être composée d'officiers appartenant à des unités différentes.

25. Le poste de président permanent des cours martiales fut créé à l'origine en 1941. Les présidents permanents furent par la suite couramment désignés pour siéger dans des cours martiales de district lorsqu'ils étaient disponibles jusqu'à la suppression de ce poste en 2000, à peu près à l'époque où M. Pearson, suppléant du *judge advocate*, jugea le 6 mars 2000, dans l'affaire *McKendry* (paragraphe 31 ci-dessous), que, vu la désignation des présidents permanents, les cours martiales ne présentaient pas l'impartialité et l'indépendance nécessaires aux fins de l'article 6 de la Convention. Les présidents permanents étaient choisis parmi les officiers en activité possédant l'âge et le grade requis. Jusque vers la fin de 1996, les présidents permanents des cours martiales avaient le grade de commandant. Par la suite, ils eurent celui de lieutenant-colonel, en conséquence de quoi les présidents permanents avaient

habituellement un grade supérieur à celui des autres membres de la cour martiale de district, qui n'étaient jamais plus que commandants. Il ne leur était pas demandé d'avoir des qualifications ou une expérience juridiques. Ils étaient en général désignés pour une période de plus de trois ans et il s'agissait presque toujours du dernier poste occupé par un officier avant sa retraite. Le secrétaire militaire (un subordonné de l'*Adjutant General*) avait le pouvoir de mettre fin aux fonctions d'un président permanent, mais cela ne s'est jamais produit.

26. Les *judge advocates* sont nommés par le ministre de la Justice (*Lord Chancellor*). Il s'agit de civils qui doivent posséder au moins sept ans d'expérience comme *advocate*, ou cinq ans comme *barrister*. La décision d'un *judge advocate* sur un point de droit lie la cour. Le *judge advocate* prononce un résumé en public avant que la cour ne se retire pour délibérer. Il détient le pouvoir de dissoudre la cour martiale une fois l'audience ouverte. Il participe au vote sur la peine mais non sur le verdict. La loi de 1996 lui a retiré sa fonction consistant à fournir des conseils juridiques d'ordre général au ministre de la Défense (annexe I, partie III, articles 19, 25 et 27).

27. Tout membre de la cour martiale doit prêter le serment suivant :

«Je jure devant Dieu tout-puissant de juger le prévenu qui comparait devant la présente cour en mon âme et conscience, en me fondant sur les preuves, et d'administrer dûment la justice en respectant la loi de 1955 sur l'armée, sans partialité ni distinction de personnes. Je jure en outre de ne divulguer en aucune manière ni à aucun moment le vote ou l'avis du président ou de tout membre de la présente cour, sauf si la loi m'y oblige.»

28. Les décisions concernant le verdict et la peine sont prises à la majorité (article 96 de la loi de 1955). Si une voix prépondérante est requise, ce sera celle du président de la cour martiale, qui doit aussi énoncer en public les raisons du choix de la peine. Les membres de la cour doivent s'exprimer puis, à l'issue des délibérations, voter sur le verdict et la peine, par ordre d'ancienneté croissante.

29. Tous les verdicts de culpabilité et peines prononcés par une cour martiale doivent être revus par l'«autorité de contrôle» (article 113 de la loi de 1955 tel que modifié par la loi de 1996). Bien que la responsabilité en incombe en dernier ressort au Conseil de défense, le contrôle est en général effectué par un subordonné de l'*Adjutant General*. L'avis postérieur au procès que l'autorité de contrôle reçoit d'un *judge advocate* (autre que celui ayant siégé à la cour martiale) est communiqué au prévenu, qui a le droit de soumettre un recours à l'autorité. Celle-ci peut annuler le verdict de culpabilité et la peine qui l'accompagne, et prononcer à la place un verdict de culpabilité et une peine, choisis parmi ceux que la cour martiale aurait pu rendre, la peine ne devant pas être selon elle plus lourde que la peine initiale (article 113AA de la loi de 1955 tel que modifié par la loi de 1996). L'autorité de contrôle rend une décision

motivée; le verdict et la peine qu'elle prononce sont considérés à toutes fins utiles comme s'ils émanaient de la cour martiale.

30. Il existe un droit de recours contre la condamnation et la peine auprès de la cour martiale d'appel (juridiction civile) (article 8 de la loi de 1968 sur les cours martiales d'appel – *Courts Martial (Appeals) Act 1968*). La cour martiale d'appel accorde l'autorisation de la saisir lorsque la condamnation est contestable et la refuse dans tous les autres cas. Elle a notamment le pouvoir de demander la présentation de preuves et la comparution de témoins, qu'ils soient nouveaux ou qu'il s'agisse de preuves déjà produites ou de témoins déjà comparus devant la cour martiale (article 28 de la loi de 1968).

## B. Jurisprudence interne

31. Le rôle du président permanent a été examiné par la cour martiale d'appel (composée comme la cour d'appel civile) dans les affaires *R. v. Spear and another* et *R. v. Boyd (Court of Appeal, Criminal Division (England and Wales), 2001, p. 2)*. La cour a rejeté le grief des appelants selon lequel la participation des présidents permanents aux cours martiales était contraire à l'article 6 § 1 de la Convention au motif que ceux-ci ne présentaient pas l'indépendance et l'impartialité nécessaires. La cour a refusé de suivre le raisonnement exposé par le *judge advocate* adjoint Pearson dans l'affaire *McKendry*. *Lord Justice Laws* a déclaré lors du prononcé de l'arrêt de la cour :

«24. M. Mackenzie s'appuie bien entendu sur la décision du *Judge Advocate General* adjoint Pearson dans *McKendry*. Ce dernier a donné son avis, comme nous l'avons dit, le 6 mars 2000, par le biais d'un jugement dans une affaire qui passait alors en cour martiale, et portait sur des récusations soulevées pour le compte de la défense à l'encontre du [président permanent de la cour martiale] qui siégeait à la cour. La partie centrale du raisonnement du *judge advocate* figure aux pages 8-9 du procès-verbal, après qu'il se fut correctement référé aux normes à appliquer contenues à l'article 6 (les numéros figurant dans le texte du *judge advocate general* ont été ajoutés par nos soins) :

«1. Je suis préoccupé par les conditions de nomination de ces présidents permanents. Il me semble qu'il n'y a pas d'autre limite fixe dans le temps qu'une durée qui peut être assez brève – deux, trois ou quatre ans; une période de deux ans est probablement trop courte pour assurer une totale indépendance, quatre années pourraient convenir – je ne me prononce pas à ce sujet.

2. Leur formation me soucie. Quant à la mention du fait qu'ils se rendent à l'APA [*Army Prosecuting Authority* – autorité de poursuite de l'armée], je soupçonne qu'il s'agit d'une faute de frappe; quoi qu'il en soit, elle figure actuellement dans le descriptif de leurs fonctions et je ne peux qu'être préoccupé par l'impression de parti pris qu'elle suscite; il ne me paraît pas bon que l'on dise aux présidents permanents qu'ils doivent se rendre à une réunion d'information organisée par l'autorité de poursuite.

3. A l'évidence, la possibilité de leur renvoi me préoccupe. Il est clair que toute personne exerçant des fonctions judiciaires ou quasi-judiciaires doit être à l'abri d'un renvoi arbitraire, et il doit exister une certaine forme de garantie pour que le renvoi ne puisse être prononcé qu'en cas de faute dans l'exercice de ces fonctions précises. Il me paraît donc que les présidents permanents ne jouissent actuellement d'aucune sécurité dans leurs fonctions.

4. Je suis à l'évidence aussi préoccupé par la question du rapport. Je doute qu'ils fassent un rapport annuellement, ils en font un plus probablement un an sur deux, ou peut-être au moment où ils sont reconduits dans leurs fonctions – je ne saurais dire, mais il existe certainement une forme de rapport et il me semble là encore qu'il s'agit d'une difficulté importante qui influe sur la manière dont est perçue leur indépendance.

Je viens donc de faire part de trois [en réalité quatre] de mes principales préoccupations (...) elles sont à mon avis suffisantes pour dire que, vu les caractéristiques particulières du système actuel, la désignation de présidents permanents ne permet pas de constituer un tribunal indépendant et impartial.»

Le *judge advocate* a pris grand soin de souligner que sa décision «se limitait à cette affaire précise»; cependant, son raisonnement s'applique à l'évidence au moins à toutes les cours martiales de district présidées par un président permanent.

25. M. Mackenzie s'est efforcé de compléter le raisonnement de l'affaire *McKendry* par une série de nouveaux arguments (...). Il a en particulier fait valoir que a) il n'existait pas de dispositions objectives pour régler la désignation des présidents permanents en dehors des procédures ordinaires relatives à la désignation du personnel; b) «le grade intermédiaire des présidents permanents les empêche d'être à l'abri de l'influence générale de l'armée» (...); c) le président permanent est d'un grade supérieur aux autres officiers siégeant à la cour martiale (...) et serait susceptible d'exercer une grande influence sur eux.

26. Il est commode de traiter tout d'abord de ce dernier point. Dans *McKendry*, le *judge advocate* a déclaré (à propos d'un membre subalterne d'une cour martiale de district – p. 6C-D):

«Parlant en mon nom – j'ai bien entendu pris part à de très nombreuses délibérations sur la peine avec des présidents permanents – je peux dire que j'ai constaté que les membres subalternes (...) le fait qu'ils soient d'un grade inférieur, ne les a pas empêchés d'exprimer leurs arguments quant à la peine avec beaucoup de fermeté.»

En tant que *judge advocate*, il n'aurait naturellement pas participé aux délibérations de la cour sur la condamnation. Il faut noter qu'en vertu du paragraphe 70 al. 4 du règlement de 1997 sur la cour martiale militaire (*Court Martial (Army) Rules 1997*), l'officier subalterne doit prendre la parole le premier dans le cadre de toute délibération de cour martiale. Cette disposition vise à l'évidence à permettre aux membres de grade inférieur d'exprimer leur véritable opinion.

27. A cet égard, l'argument de M. Mackenzie ne porte pas du tout sur la situation particulière du président permanent, mais plutôt sur le fait que les membres des cours martiales ne sont pas tous du même grade, que le président soit un président permanent ou non. Nous nous demandons donc s'il peut utiliser cet argument. En tout état de cause, il est clair pour nous que cet argument est sans fondement. S'il était juste, cela signifierait probablement que l'article 6 § 1 exige que les membres d'une cour martiale

soient des officiers du même grade. Or cela ne saurait être la règle. Si elle était admise, l'idée qu'il est raisonnable de craindre que, lorsque des personnes appelées à prendre ensemble une décision n'ont pas le même grade, il y a systématiquement un risque que le moins gradé soit indûment influencé par ce qu'il perçoit comme étant le point de vue du plus gradé, constituerait à n'en pas douter un effet secondaire non recherché et indésirable du régime bénéfique de la Convention. Nous estimons qu'il est parfaitement raisonnable de supposer que les officiers subalternes considéreraient qu'il est de leur devoir d'exprimer leur propre point de vue et que la culture moderne au sein de l'armée irait précisément en ce sens. Nous ne pensons pas qu'il soit raisonnable que le soldat accusé nourrisse une autre opinion. Cet argument ne tient pas.

28. Il en va de même de l'argument relatif au grade intermédiaire du président permanent et à « l'influence générale de l'armée ». Il y a toutefois autre chose à dire. La manière dont cet argument est formulé – « le grade intermédiaire des présidents permanents les empêche d'être à l'abri de l'influence générale de l'armée » – s'assimile, en toute rigueur, à une allégation de parti pris *réel* (inconscient ou non). Il ne s'agit pas, ou pas seulement, d'une question d'apparence ou de présence ou non de garanties objectives. C'est une manière délicate de dire que les officiers de grade intermédiaire sont plutôt susceptibles d'adopter le point de vue de l'accusation. Il s'agit là d'une allégation grave, qui n'est pas étayée par le moindre commencement de preuve. Selon nous, il est tout bonnement condescendant de suggérer qu'un officier du grade de lieutenant-colonel (...) verra son jugement quant aux faits concrets d'une affaire particulière affecté par une entité aussi informe que « l'influence générale de l'armée ».

29. A notre avis, l'argument suivant de M. Mackenzie quant à l'absence de disposition réglementaire particulière ne conduit nulle part, sauf s'il vient étayer la thèse selon laquelle la durée des fonctions des présidents permanents n'est pas suffisante pour que cette cour soit convaincue que les exigences de l'article 6 en matière d'indépendance et d'impartialité sont respectées. (...)

30. (...) [R]églons le point 2 dans *McKendry*. Le *judge advocate* a compris que les présidents permanents des cours martiales de l'armée étaient tenus, au cours de leur formation, de rendre visite à l'autorité de poursuite des armées et d'en recevoir des instructions. Or le *judge advocate* lui-même rapporte (p. 4E) l'assurance qui lui a été donnée que de telles visites n'avaient pas lieu. Le lieutenant-colonel Stone a expressément déclaré qu'il ne s'était jamais rendu à l'autorité de poursuite. Le raisonnement suivi par le *judge advocate* dans *McKendry* donne à penser qu'un ou plusieurs documents malhonnêtes ont dû circuler; quoi qu'il en soit, cet argument est à l'évidence dénué de tout fondement.»

32. *Lord Justice Laws* a formulé la conclusion suivante concernant le grief des requérants tiré de la position des présidents permanents (paragraphe 33):

« (...) Nous estimons que les conditions dans lesquelles les présidents permanents de cours martiales sont désignés et exercent leurs fonctions ne sont à l'origine d'aucune méconnaissance de l'article 6 § 1, et notamment, qu'il n'y a pas eu violation dans les circonstances particulières de ces affaires. Citons tout d'abord les faits que nous considérons comme importants: 1) les présidents permanents exercent en dehors de la hiérarchie militaire; ils exécutent pour l'essentiel leurs activités professionnelles sans avoir de contacts, ou très peu, avec leurs collègues militaires; 2) M. Havers a reconnu à juste titre qu'il n'existait aucune « garantie écrite » les protégeant contre le renvoi, mais

aucun président permanent n'a en pratique jamais été démis de ses fonctions; nous pouvons en déduire qu'un tel renvoi n'est prononcé que dans des circonstances très exceptionnelles qui ne se sont jamais produites; 3) le poste de président permanent est le dernier qu'occupe cet officier et il ne débouche sur aucun avancement ou promotion; aucun des présidents permanents en fonction dans ces affaires n'entretenait pareil espoir; (...) 4) ces présidents permanents ont tous été nommés pour un mandat de quatre ans au moins (...); 5) il n'y a pas eu de rapport sur les présidents permanents des cours martiales de l'armée depuis avril 1997. (...)

### C. Autre jurisprudence pertinente

33. Dans l'affaire *R. c. Généreux* (*Recueil de la Cour suprême*, 1992, vol. 1, p. 259), la Cour suprême du Canada a notamment examiné la compatibilité d'une cour martiale générale canadienne avec l'article 11 d) de la Charte canadienne des droits et libertés, qui dispose :

« 11. Tout inculpé a le droit :

(...)

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable. »

34. Une cour martiale générale se compose de cinq à neuf membres appelés à voter, ainsi que d'un *judge advocate* qui se prononce sur les questions de droit ou de droit et de fait pendant le procès. Le *Judge Advocate General*, ou avocat général, nommé à la cour martiale générale le *judge advocate* sur une base *ad hoc*.

35. La Cour suprême a conclu que le *judge advocate* ne jouissait pas d'une inamovibilité suffisante pour satisfaire à l'exigence d'« indépendance » énoncée à l'article 11 d) de la charte. Le juge Lamer déclara ce qui suit en rendant l'arrêt de principe de la Cour suprême (traduction officielle) :

« (...) [L]e juge-avocat n'occupait qu'une charge *ad hoc*. Par conséquent, il n'y avait objectivement aucune garantie que sa carrière de juge militaire ne serait pas compromise s'il rendait des décisions favorables à l'accusé plutôt qu'à la poursuite. Une personne raisonnable aurait bien pu craindre que la charge de juge militaire d'un avocat militaire ne dépendît de son rendement lors de procès antérieurs [ou que] la personne nommée au poste de juge-avocat ait été choisie parce qu'elle avait satisfait aux intérêts de l'exécutif, ou du moins parce qu'elle n'avait pas sérieusement déçu les attentes de l'exécutif lors de procédures antérieures. (...)

Les juges militaires qui, périodiquement, agissent comme juge-avocat doivent donc bénéficier d'une inamovibilité qui les mette à l'abri de toute ingérence de l'exécutif pendant une période déterminée. »

Il ajouta que les amendements apportés à la procédure devant les cours martiales canadiennes, entrés en vigueur après la fin du procès en cause, avaient remédié aux défauts relevés quant à l'inamovibilité de la fonction

de *judge advocate* en prévoyant que celui-ci soit nommé pour une durée de deux à quatre ans.

## EN DROIT

### I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 6 § 1 DE LA CONVENTION

36. Le requérant formule sur le terrain de l'article 6 § 1 de la Convention une série de griefs concernant la structure générale du système des cours martiales au Royaume-Uni à la suite de l'adoption de la loi de 1996. En outre, il dénonce sous l'angle de l'article 6 §§ 1 et 3 c) le manque d'équité de la procédure et le fait qu'il n'a pas été représenté par un conseil devant la cour martiale.

37. L'article 6 dispose, dans ses passages pertinents :

«1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera (...) du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle (...)

(...)

3. Tout accusé a droit notamment à :

(...)

c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ;

(...)»

#### A. Applicabilité de l'article 6

38. Pour la Cour, l'article 6 s'applique manifestement à la procédure devant la cour martiale, car celle-ci a emporté décision sur la peine à infliger au requérant après qu'il eut plaidé coupable sur un chef d'absence sans permission. Alors que, contrairement à ce qui était le cas dans l'affaire *Findlay c. Royaume-Uni* (arrêt du 25 février 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-I), l'intéressé n'était pas en l'espèce accusé d'une infraction pénale ordinaire, la Cour relève qu'à l'issue de l'audience il a été condamné notamment à une peine de neuf mois d'emprisonnement. Une privation de liberté aussi conséquente suppose à l'évidence une décision sur une «accusation en matière pénale» (arrêts *Findlay* précité, p. 279, § 69, *Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, série A n° 22, p. 36, § 85, et *Hood c. Royaume-Uni* [GC], n° 27267/95, CEDH 1999-I). De fait, le Gouvernement n'a pas contesté ce point.



## B. Griefs généraux

### 1. Arguments des parties

#### a) Le requérant

39. Le requérant dénonce un certain nombre de défauts structurels dans le système des cours martiales tel qu'amendé par la loi de 1996. Il fait valoir que son chef de corps, son officier défenseur, l'autorité supérieure, le bureau administratif de la cour martiale, l'autorité de l'armée compétente en matière d'assistance judiciaire au pénal (« l'autorité militaire compétente »), l'autorité de poursuite de l'armée (« l'autorité de poursuite ») et les officiers qui ont siégé à la cour martiale étaient tous totalement ou partiellement sous le contrôle de l'*Adjutant General*, lui-même directement subordonné au Conseil de défense. Il indique en particulier que la désignation, la désignation future et la promotion des officiers assurant le commandement, la défense et les poursuites, et de ceux siégeant en cour martiale dépendaient au moins en partie du secrétaire militaire, qui est le subordonné de l'*Adjutant General*. Il souligne que l'autorité de poursuite assure également la direction des services juridiques de l'armée (paragraphe 21 ci-dessus), laquelle est tenue de répondre devant l'*Adjutant General*. Il déclare enfin que ce dernier est également responsable du respect de la discipline dans l'armée.

40. Le requérant précise que, pour satisfaire à l'article 6 § 1 de la Convention, les cours martiales doivent être indépendantes de l'armée en tant qu'institution, et notamment du haut commandement. Or il considère que la hiérarchie militaire, représentée en dernier lieu par l'*Adjutant General* et le Conseil de défense, a étroitement collaboré à toutes les étapes clés de son procès en cour martiale, notamment l'inculpation, la désignation des membres de la cour, la prise de décisions sur le verdict et la peine et le contrôle de ces décisions.

41. Il attire notamment l'attention sur le mode de sélection des membres de la cour martiale par les officiers administrateurs de la cour, et signale qu'aucune loi ni aucun règlement ne donne de conseil sur la manière de choisir les membres de la cour martiale. Bien qu'il existe des règles sur les conditions requises pour siéger en cour martiale, les personnes menant la défense ne sont en général pas munies des informations qui leur permettraient de vérifier si les officiers désignés pour siéger en cour martiale remplissent ces conditions. Le requérant fait valoir que rien n'empêche les officiers administrateurs, eux-mêmes désignés par le Conseil de défense, de considérer qu'ils agissent dans l'intérêt de l'armée lorsqu'ils choisissent les membres d'une cour martiale. Il soutient que le fait que l'*Adjutant General* ait au début de 2001 pu remplacer l'officier responsable du bureau administratif de la cour

martiale, parti à la retraite, par un général de brigade en activité, montre que ce bureau n'est pas, et n'a jamais été, indépendant du haut commandement de l'armée. Il ajoute qu'en tout état de cause l'affectation d'officiers en activité qui passent de leur unité à une cour martiale relève habituellement de la hiérarchie opérationnelle de l'armée. Quant aux présidents permanents des cours martiales, bien qu'ils soient affectés à une cour martiale donnée par le bureau administratif de la cour martiale, ils sont désignés à leur poste de président permanent en vertu du système normal de désignation du personnel de l'armée. L'ensemble de ces facteurs met selon lui en question l'indépendance des cours martiales.

42. Pour le requérant, les présidents permanents ne jouissent d'aucune inamovibilité formelle, le secrétaire militaire pouvant les révoquer à tout moment. La désignation des présidents permanents et la nature de leur rôle ne sont régis par aucune disposition légale ou réglementaire. De même, aucune clause formelle ne protège les présidents permanents d'influences extérieures indues. Le président permanent de la cour martiale qui a examiné son affaire était lieutenant-colonel; il avait donc un grade nettement supérieur à celui des deux officiers en activité qui siégeaient à la cour martiale. Comparant la désignation à temps plein du président permanent et le caractère *ad hoc* de la nomination des deux officiers en activité, il fait valoir que le président permanent bénéficiait d'une apparence d'expérience et d'autorité devant laquelle les officiers moins gradés ne pouvaient que s'incliner.

43. Le requérant soutient que, par principe, une cour composée presque exclusivement d'officiers de l'armée statuant sur des chefs d'accusation portés par l'armée ne saurait constituer un « tribunal indépendant et impartial », notamment lorsque sont jugées des infractions à la discipline militaire telles que l'absence sans permission. Cela est encore plus vrai dans un cas tel que l'espèce où deux des trois officiers siégeant à la cour avaient été désignés de manière *ad hoc* pour une affaire unique. Il n'existait pas non plus de mesure permettant de garantir que les deux officiers en activité ne subiraient pas d'ingérence dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires. Les officiers de l'armée britannique possèdent à son avis un fort esprit de corps consistant à reconnaître l'importance de la discipline militaire et à imposer à autrui des mesures dissuasives telles que des peines de détention, ce qui conduit inévitablement à un conflit d'intérêts lors de tout procès en cour martiale en vertu de la loi de 1996.

44. La présence au sein d'une cour martiale d'un *judge advocate* indépendant et impartial n'est pas suffisante pour pallier les carences qu'il a relevées dans le système, notamment parce que le *judge advocate* ne prend pas part au vote sur le verdict, n'est que l'une des quatre personnes à voter pour fixer la peine et a une bien moindre influence sur les autres membres de la cour martiale que le président permanent.

45. Le requérant affirme qu'au stade de la fixation de la peine l'influence de l'armée s'illustre par le fait que les peines sont calculées en référence à des décisions de cours martiales antérieures à l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Findlay* précitée, ainsi que par la présence de présidents permanents, et éventuellement d'autres officiers participant à des procès en cour martiale, à des conférences sur la discipline militaire.

46. Etant donné que le Conseil de défense, en tant qu'«autorité de contrôle», jouit de pouvoirs relativement étendus pour annuler un verdict de cour martiale à la suite du contrôle obligatoire qu'il exerce, pouvoirs habituellement délégués en pratique, comme dans son cas, à un officier en activité, le requérant soutient de plus que la cour martiale ne possède pas les caractéristiques nécessaires pour constituer un «tribunal établi par la loi» et qu'il s'agit là d'une raison supplémentaire de douter de son indépendance.

47. Le requérant fait aussi valoir que la cour martiale devant laquelle il a comparu ne présentait pas les caractéristiques nécessaires pour être «établie par la loi». Il souligne en particulier l'absence de toute loi réglementant sérieusement la sélection et la désignation des membres des cours martiales.

#### **b) Le Gouvernement**

48. Le Gouvernement considère que le système des cours martiales instauré par la loi de 1996 est parfaitement compatible avec la Convention.

49. Selon lui, le fait que le Conseil de défense détienne certaines fonctions de commandement et d'administration des forces armées et de nomination au sein de ces forces ne signifie pas que le requérant n'a pas été jugé par un tribunal indépendant et impartial. Il établit une distinction entre les postes de commandement et les postes administratifs et précise que la discipline ne relève que des officiers occupant des postes de commandement. Il indique que l'*Adjutant General* n'occupe en rien un poste de commandement mais est plutôt un officier très haut placé responsable de la politique du personnel. Le requérant aurait eu tort de laisser entendre que le secrétaire militaire contrôle les nominations et promotions des officiers siégeant en cour martiale, car ce sont les commissions de promotion et de sélection qui exercent pareil contrôle.

50. Le Gouvernement souligne que le nouveau système des cours martiales répond à toutes les objections suscitées par l'ancien système et relevées par la Cour dans l'arrêt *Findlay* (paragraphe 45 ci-dessus). En particulier, le poste d'«officier convocateur» a été supprimé et les principales fonctions que celui-ci assumait ont été scindées entre l'autorité supérieure, l'autorité de poursuite et l'officier administrateur de la cour martiale.

51. Le Gouvernement précise que l'autorité supérieure a un rôle très étroit. Elle rend un avis décisif sur le point de savoir s'il y a lieu de renvoyer une affaire au chef de corps de l'accusé pour qu'elle soit traitée selon une procédure simplifiée, de la déférer à l'autorité de poursuite qui lancera des poursuites formelles ou de ne pas engager du tout de poursuites; cet avis relève du commandement, et non du domaine juridique.

52. Pour ce qui est de l'autorité de poursuite, le Gouvernement souligne que celle-ci est totalement indépendante du haut commandement de l'armée et qu'elle engage les poursuites au nom de l'*Attorney General*. Le fait que cette autorité assure actuellement aussi la direction des services juridiques de l'armée, fonction dans l'exercice de laquelle le directeur répond devant l'*Adjutant General*, ne porte pas atteinte à l'indépendance et à l'impartialité dont il fait preuve en tant que procureur, surtout depuis qu'il ne s'occupe plus de conseiller la hiérarchie militaire sur les questions de discipline.

53. Le Gouvernement déclare que la personne qui était responsable du bureau administratif de la cour martiale à l'époque où le requérant est passé en jugement était un civil et que les officiers qui lui étaient subordonnés étaient indépendants tant de l'autorité supérieure que de l'autorité de poursuite. Il réfute l'affirmation de l'intéressé selon laquelle le choix des membres d'une cour martiale était en général effectué non par cette personne mais par la hiérarchie opérationnelle de l'armée.

54. Il souligne que le président permanent qui a siégé lors du procès du requérant occupait son dernier poste avant de prendre sa retraite de l'armée; il était donc vraisemblablement désigné pour une durée de quatre ans et huit mois. Il était en outre en dehors de la hiérarchie militaire, ne recevait aucun rapport confidentiel et travaillait chez lui. Enfin, aucun président permanent n'a jamais été prématurément révoqué de son poste.

55. Quant aux deux officiers en activité ayant participé au procès, le Gouvernement précise une fois encore qu'ils ne faisaient pas partie des supérieurs hiérarchiques du requérant ni de l'autorité supérieure ou de l'autorité de poursuite et n'exerçaient pas les fonctions d'officier défenseur. De plus, le serment que prêtent tous les membres de la cour martiale (paragraphe 27 ci-dessus) et l'obligation où ils se trouvent de suivre les décisions prises par le *judge advocate* sur les questions de droit constituent autant de garanties contre les pressions extérieures. La position des officiers en activité lors d'un procès en cour martiale serait à plusieurs titres comparable à celle qu'occupent les jurys lors des procès pénaux dans la vie civile. Ils étaient certes, comme l'officier défenseur, soumis en dernier ressort à l'autorité du commandant en chef des forces terrestres britanniques, mais cela était aussi vrai de tout officier de l'armée. Le Gouvernement affirme que l'on ne saurait laisser entendre

que ce fait suffit à lui seul à rendre un procès devant une cour martiale incompatible par nature avec l'article 6 de la Convention.

56. Pour autant que le système des cours martiales antérieur à la loi de 1996 présentait des insuffisances quant à la fixation de la peine, celles-ci ont été corrigées par l'élargissement du rôle du *judge advocate* à cet égard ainsi que par le droit d'appel contre la peine qui sont prévus par cette loi.

57. Le Gouvernement soutient que, contrairement à ce qui se passait à l'époque de l'affaire *Findlay*, les verdicts et peines prononcés par les cours martiales, au moment des faits de l'espèce, n'étaient plus sujets à la confirmation ou à la révision de l'«officier confirmateur». Le rôle joué par l'«autorité de contrôle» ne saurait à son avis mettre en cause l'équité ou l'indépendance de la cour martiale qui a jugé le requérant ou sa qualité de «tribunal» au sens de l'article 6 § 1 de la Convention. L'autorité de contrôle était indépendante de l'autorité supérieure et de l'autorité de poursuite puisqu'elle n'était pas placée sous leurs ordres. Elle servait principalement à fournir une protection supplémentaire à un accusé en vérifiant qu'aucune erreur grossière n'avait été commise lors du procès en cour martiale. Elle pouvait procéder à cela relativement vite par rapport à la durée d'une procédure d'appel, notamment dans les affaires de cours martiales intervenues outre-mer, et devait tenir compte des conseils du *judge advocate* avant de se prononcer. Le Gouvernement affirme que, lors de son contrôle, l'autorité ne pouvait agir autrement que de manière favorable à l'accusé. Il répète que ce contrôle n'a eu aucune incidence sur le droit du requérant de former un recours devant la cour martiale d'appel.

## 2. *Appréciation de la Cour*

58. La Cour rappelle que, pour établir si un tribunal peut passer pour «indépendant», il faut prendre en compte, notamment, le mode de désignation et la durée du mandat de ses membres, l'existence d'une protection contre les pressions extérieures et le point de savoir s'il y a ou non apparence d'indépendance.

Quant à la condition d'«impartialité», elle revêt deux aspects. Il faut d'abord que le tribunal ne manifeste subjectivement aucun parti pris ni préjugé personnel. Ensuite, le tribunal doit être objectivement impartial, c'est-à-dire offrir des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime (*Findlay* précité).

Les notions d'indépendance et d'impartialité objective étant étroitement liées, la Cour, comme dans l'affaire *Findlay*, les examinera ensemble dans la mesure où elles concernent la présente affaire.

59. La Cour constate que la pratique consistant à utiliser des tribunaux composés en tout ou partie de militaires afin de juger des

membres des forces armées est solidement ancrée dans le système juridique de nombreux Etats membres.

Elle rappelle que sa propre jurisprudence montre qu'un tribunal militaire peut en principe constituer un «tribunal indépendant et impartial» aux fins de l'article 6 § 1 de la Convention. Dans l'affaire *Engel et autres* précitée, par exemple, elle a jugé que la Haute Cour militaire des Pays-Bas, composée de deux civils, conseillers à la Cour suprême, et de quatre officiers de l'armée, formait un tel tribunal. Toutefois, ces tribunaux ne sont conformes à la Convention que lorsqu'il existe des mesures de protection suffisantes pour garantir leur indépendance et leur impartialité.

60. Dans l'arrêt *Findlay* précité, la Cour a dit que M. Findlay nourrissait des doutes objectivement fondés quant à l'indépendance et à l'impartialité de la cour martiale générale devant laquelle il avait comparu pour répondre de différentes accusations. Dans cette affaire, elle était essentiellement préoccupée par les multiples fonctions exercées dans la procédure par l'«officier convocateur». Celui-ci jouait un rôle capital dans l'accusation mais il nommait aussi les membres de la cour martiale, qui lui étaient hiérarchiquement subordonnés et étaient placés sous ses ordres. Il pouvait également dissoudre la cour martiale avant ou pendant l'audience et exerçait la fonction d'«officier confirmateur», si bien que la décision de la cour martiale quant au verdict et à la peine ne prenait effet que lorsqu'il l'avait ratifiée. La Cour a dit que ces lacunes fondamentales ne se trouvaient pas compensées par l'existence de protections, telle la participation du *judge advocate*, qui n'était pas lui-même membre de la cour martiale et dont l'avis à celle-ci n'était pas rendu public (arrêt *Findlay* précité, pp. 281-282, §§ 74-78).

61. La Cour constate que les modifications apportées par la loi de 1996 répondent pour une large part aux préoccupations exprimées dans l'affaire *Findlay*. Les postes d'«officier convocateur» et d'«officier confirmateur» ont été supprimés et les fonctions auparavant exercées par ces officiers ont été scindées. Les responsabilités de l'«officier convocateur» en matière d'accusation et de poursuite sont maintenant réparties entre l'autorité supérieure et l'autorité de poursuite (paragraphe 20 et 21 ci-dessus). La convocation de la cour martiale, la nomination de ses membres, le choix du lieu du procès et la convocation des témoins, qui incombait à cet officier, ont été confiés au service judiciaire des armées (l'ancien bureau administratif de la cour martiale), dont les membres sont indépendants de l'autorité supérieure comme de l'autorité de poursuite. Le pouvoir de dissolution de la cour martiale, auparavant dévolu à l'officier convocateur, l'est à présent, avant l'audience, au service judiciaire des armées et, après le procès, au *judge advocate*, qui fait désormais officiellement partie de la cour martiale, prononce son résumé en public et participe au vote sur la peine.

62. La Cour conclut que la loi de 1996 a introduit entre les attributions des cours martiales dans les domaines des poursuites et du pouvoir décisionnel une distinction qui n'existait pas à l'époque de l'affaire *Findlay*. Les fonctions de conseil ont aussi été attribuées séparément au directeur des services juridiques de l'armée et au comité consultatif du général de brigade. Bien que le directeur des services juridiques de l'armée soit aussi l'autorité de poursuite, la Cour estime qu'il existe des garanties suffisantes quant à son indépendance dans la mesure où, dans son rôle de conseiller, il ne traite pas de questions de discipline. En toute hypothèse, il répond de ses actes de conseiller devant l'*Adjutant General* et rend compte de ses fonctions d'autorité de poursuite devant l'*Attorney General*.

63. C'est pourquoi la Cour estime que la relation qui existerait entre le haut commandement de l'armée, représenté par le Conseil de défense et l'*Adjutant General*, et les personnes qui ont participé au procès du requérant en cour martiale, et dont l'intéressé tire un grief d'ordre général, n'emporte pas en soi violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

64. Toutefois, il reste à déterminer si les membres de la cour martiale qui a jugé le requérant constituaient collectivement un «tribunal indépendant et impartial» au sens que la jurisprudence de la Cour donne à cette notion.

65. La Cour rappelle que, dans l'affaire *Incal c. Turquie* (arrêt du 9 juin 1998, *Recueil* 1998-IV, pp. 1571-1572, § 67), qui portait sur le procès pénal d'un civil devant une cour de sûreté de l'Etat, elle a noté l'existence de certaines garanties quant à l'indépendance et à l'impartialité des juges militaires qui faisaient partie de cette cour. Elle a notamment relevé que les juges militaires concernés suivent la même formation professionnelle que leurs homologues civils, qu'ils jouissent pendant leurs fonctions de garanties constitutionnelles identiques à celles dont bénéficient les juges civils et que la Constitution turque postule leur indépendance et interdit à tout pouvoir public de leur donner des instructions ou de les influencer. Toutefois, elle cite ensuite (p. 1572, § 68) d'autres caractéristiques du statut des juges militaires qui rendent leur indépendance sujette à caution. Il s'agit de militaires continuant d'appartenir à l'armée, qui restent soumis à la discipline militaire et font l'objet de notations, et dont la nomination requiert pour une large part l'intervention de l'administration et de l'armée; enfin, leur mandat n'est que de quatre ans et peut se voir renouvelé.

66. Considérant tout d'abord le mode de désignation suivi en l'espèce, le requérant se déclare préoccupé par la manière dont ont été choisis les officiers qui ont siégé à son procès et à propos de l'indépendance du bureau administratif de la cour martiale qui a effectué ce choix. Le fait que le chef de ce bureau soit désigné par le Conseil de défense ne constitue pas en soi un motif de douter de l'indépendance de la cour

martiale parce que son rôle est bien distinct des fonctions de poursuite et de décision devant ladite cour, accomplies par d'autres personnes. La Cour note qu'il ne paraît pas s'être vu attribuer un mandat à durée déterminée et qu'il n'existait pas de garantie claire le protégeant des ingérences du haut commandement de l'armée lorsqu'il choisissait les membres des cours martiales. Cependant, en l'espèce, aucun élément ne prouve qu'il y ait eu pareilles ingérences. Dès lors, la Cour conclut que la manière dont ont été désignés les membres de la cour martiale qui a jugé le requérant n'a pas en soi porté atteinte à l'indépendance de ce tribunal aux fins de l'article 6 § 1 de la Convention.

67. Quant au mandat des membres de la cour martiale et à la présence de garanties contre les pressions extérieures, la Cour juge nécessaire d'examiner tour à tour la situation du président permanent et celle des deux officiers en activité qui ont siégé au procès du requérant. Celui-ci ne met pas en cause l'indépendance du dernier membre de la cour, à savoir le *judge advocate*.

68. La Cour relève que, dans l'affaire examinée ici, le président permanent a été nommé à son poste en janvier 1997, et devait l'occuper pendant quatre ans et huit mois, jusqu'à son départ à la retraite, en septembre 2001. Il n'était pas placé sous les ordres de la hiérarchie militaire. La Cour estime qu'à cet égard il se trouvait dans la même situation que les officiers membres de la Haute Cour militaire des Pays-Bas dans l'affaire *Engel et autres* précitée. Dans celle-ci, la Cour a conclu que cette juridiction était « indépendante et impartiale » en s'appuyant sur le fait que la nomination des juges militaires était habituellement la dernière de leur carrière et que, dans l'exercice de leur fonction de juge, ils ne relevaient d'aucune autorité supérieure et n'avaient pas à rendre compte de leurs actes à la hiérarchie militaire (pp. 12-13, § 30, et p. 37, § 89).

La Cour réitère que si, d'une manière générale, on doit assurément considérer l'inamovibilité des juges en cours de mandat comme un corollaire de leur indépendance, l'absence de consécration expresse en droit de cette inamovibilité n'implique pas en soi un défaut d'indépendance du moment qu'il y a reconnaissance de fait et que les autres conditions nécessaires se trouvent réunies (*Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 juin 1984, série A n° 80, p. 40, § 80). Elle note aussi que, comme la cour martiale d'appel l'a souligné dans les affaires *R. v. Spear and another* et *R. v. Boyd* précitées (paragraphe 31 ci-dessus), même s'il n'existe aucune « garantie écrite » contre le renvoi prématuré des présidents permanents, en pratique aucun d'eux n'a jamais été démis de ses fonctions.

69. Le requérant avance que l'indépendance du président permanent qui a siégé à son procès en cour martiale aurait pu être renforcée s'il avait joui de l'inamovibilité et si sa désignation avait été entérinée dans tel ou tel instrument juridique. La Cour constate néanmoins que la présence du président permanent n'a pas mis en péril l'indépendance de la cour



martiale. Bien au contraire, de par la durée de son mandat et de par son inamovibilité *de facto*, jointes au fait qu'il ne nourrissait aucune préoccupation apparente quant à sa promotion future dans l'armée et n'était plus soumis à des rapports de notation, et quant à sa séparation relative d'avec la structure de commandement militaire, il représentait une garantie d'indépendance significative au sein d'un tribunal par ailleurs composé de manière *ad hoc*.

70. Contrairement au président permanent, les deux officiers en activité qui ont siégé au procès du requérant n'étaient pas désignés pour une durée fixe mais à titre purement *ad hoc*, en sachant qu'ils reprendraient leurs tâches militaires ordinaires à la fin de la procédure. Même si la Cour ne juge pas que le caractère *ad hoc* de leur nomination ait suffi en soi à rendre la composition de la cour martiale incompatible avec les exigences d'indépendance posées par l'article 6 § 1, cela a renforcé la nécessité de mesures de protection contre les pressions extérieures.

71. La Cour reconnaît qu'il existait en l'espèce certaines garanties. Par exemple, la présence du *judge advocate*, un civil doté d'une formation juridique et d'attributions élargies par la loi de 1996, constituait une garantie importante, tout comme celle des deux juges civils siégeant à la Haute Cour militaire des Pays-Bas dans l'affaire *Engel et autres* précitée. Cela est d'autant plus vrai que la culpabilité du requérant, sur laquelle le *judge advocate* n'était pas appelé à voter, n'était pas en cause devant la cour martiale. Comme indiqué au paragraphe 69 ci-dessus, la présence du président permanent fournissait une garantie supplémentaire. La Cour relève aussi la protection qu'offrent les dispositions légales et autres relatives aux critères de sélection des membres des cours martiales et le serment que prête chacun d'eux (paragraphe 24 et 27 ci-dessus).

72. Cependant, la Cour considère que ces garanties n'étaient pas suffisantes pour exclure le risque que des pressions extérieures ne s'exercent sur les deux officiers en activité, d'un grade relativement peu élevé, qui ont siégé au procès du requérant. Elle observe notamment que ces deux officiers n'avaient aucune formation juridique, qu'ils restaient soumis à la discipline et à la notation militaires, et qu'aucune loi ni autre règle ne les mettait à l'abri d'une influence extérieure de l'armée lorsqu'ils siégeaient à un procès. Or cela est particulièrement préoccupant dans une affaire telle que celle-ci, où l'infraction reprochée consiste précisément en un manquement à la discipline militaire. A cet égard, la situation des militaires siégeant en cour martiale ne saurait se comparer de manière générale avec celle des membres d'un jury civil, qui ne courent pas le risque de subir pareilles pressions.

73. S'agissant des griefs du requérant quant au rôle de l'«autorité de contrôle», la Cour rappelle que le pouvoir de rendre une décision obligatoire non susceptible d'être modifiée par une autorité non judiciaire est inhérent à la notion même de «tribunal». Ce principe peut aussi passer

pour un élément de l'«indépendance» requise par l'article 6 § 1 (arrêts *Findlay* précité, p. 282, § 77, et *Brumărescu c. Roumanie* [GC], n° 28342/95, § 61, CEDH 1999-VII). Dans l'affaire *Findlay*, la Cour a jugé contraire à ce principe bien établi le rôle tenu par l'«officier confirmateur» dans le cadre du système des cours martiales antérieur à la loi de 1996.

74. En l'espèce, le verdict et la peine prononcés à l'encontre du requérant étaient automatiquement revus par l'«autorité de contrôle» en vertu des amendements introduits par la loi de 1996. La Cour note que cette autorité avait compétence pour casser le verdict et la peine prononcés par la cour martiale et, surtout, pouvait rendre tout verdict de culpabilité que la cour martiale aurait pu prononcer et pouvait substituer à la peine infligée toute autre peine qui s'offrait au choix de la cour, à condition qu'elle ne juge pas la peine plus lourde que celle de départ. Le nouveau verdict ou la nouvelle peine éventuels étaient ensuite considérés comme émanant de la cour martiale elle-même.

75. Pour la Cour, la circonstance même que le contrôle soit effectué par un organe non judiciaire tel que l'«autorité de contrôle» est contraire au principe rappelé au paragraphe 73 ci-dessus. La Cour est notamment préoccupée par le fait que fût laissée à l'appréciation de la cour martiale la question de savoir si la nouvelle peine éventuellement infligée était plus ou moins lourde que celle prononcée par cette autorité. Ni l'argument du Gouvernement selon lequel l'existence d'un contrôle sert l'intérêt de militaires condamnés tels que le requérant ni le caractère globalement équitable de la procédure menée par l'autorité ne dissipent ces craintes.

76. La Cour est d'avis que les carences fondamentales qu'elle a relevées n'ont pas été corrigées par le recours formé ensuite par le requérant devant la cour martiale d'appel, car cette procédure n'a pas permis de réexaminer l'affaire mais a au contraire abouti à la conclusion, exprimée dans une décision lapidaire de deux phrases, qu'il convenait de refuser l'autorisation de contester en appel le verdict et la peine.

77. Pour toutes ces raisons, la Cour estime que les doutes du requérant quant à l'indépendance de la cour martiale et à son caractère de «tribunal» étaient objectivement justifiés.

78. Dans ces conditions, il n'y a pas lieu d'examiner l'autre grief, sur le terrain de l'article 6 § 1, selon lequel la cour martiale n'était pas «établie par la loi». De plus, eu égard à ses conclusions quant au grief tiré de l'article 6 § 3 c) (paragraphe 93 ci-dessous), la Cour n'a pas à se pencher sur l'allégation du requérant relative au manque d'indépendance de l'autorité compétente en matière d'assistance judiciaire.

79. Pour conclure, il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention pour ce qui est de certains des griefs du requérant concernant la structure générale du système des cours martiales.

## C. Griefs spécifiques

### 1. Arguments des parties

#### a) Le requérant

80. Le requérant fait valoir qu'il était en droit d'être représenté lors du procès en cour martiale, mais que cela lui a été refusé à cause du caractère inéquitable du système d'assistance judiciaire de l'armée. Il signale les différences qui, à son avis, distinguent ce système du dispositif civil d'assistance judiciaire au Royaume-Uni, et l'auraient désavantagé. Il souligne en particulier le fait que le système militaire l'a obligé à déposer un acompte équivalant à dix fois sa solde hebdomadaire, alors que le système civil se serait probablement borné à exiger des versements hebdomadaires ou mensuels pris sur ce revenu. Il nie s'être vu proposer de payer l'acompte en dix versements hebdomadaires et attire l'attention sur la lettre de l'autorité compétente en matière d'assistance judiciaire datée du 21 avril 1997, aux termes de laquelle les *solicitors* rémunérés par la voie de l'assistance judiciaire ne seraient commis qu'une fois le paiement effectué. Il déclare qu'il n'a pu rassembler la totalité de la somme demandée et n'a donc pas bénéficié d'une représentation en justice.

81. Le requérant arguë en outre que l'officier défenseur chargé de le représenter n'était à l'évidence pas en mesure d'agir au mieux de ses intérêts puisqu'il avait été désigné par son chef de corps au sein de la propre unité de ce dernier ; cet officier était donc subordonné à celui qui avait placé l'intéressé en détention en vue de son procès en cour martiale. Il déclare ne pas avoir été consulté quant au choix de l'officier défenseur et, comme il avait quitté l'armée depuis très longtemps lorsque son procès s'est tenu, il ne pouvait en tout état de cause connaître aucun officier suffisamment bien pour effectuer un choix éclairé. Il affirme que l'officier défenseur ne l'a pas bien conseillé sur la possibilité de plaider non coupable en excipant de la contrainte et n'a pas correctement informé la cour martiale des raisons pour lesquelles il s'était absenté sans permission. Même s'il reconnaît avoir signé une déclaration pour signifier qu'il ne voulait pas que la police militaire prît d'autres mesures au sujet de ses allégations de brimades, il précise que ce texte continuait à proclamer la véracité de ces allégations. Il mentionne la divulgation par l'officier défenseur au Conseil de défense, à l'issue du procès, d'instructions qu'il lui avait communiquées sous le sceau du secret et de conseils donnés à lui-même, alors que son *solicitor* avait expressément demandé à cet officier de n'en rien faire.

#### b) Le Gouvernement

82. Le Gouvernement soutient que le versement de l'acompte de 240 GBP au titre de l'assistance judiciaire n'a été exigé par l'autorité

compétente en la matière qu'après une évaluation soignée des ressources du requérant. Selon lui, l'intéressé avait manifestement les moyens de payer cette somme compte tenu de sa solde nette hebdomadaire, telle qu'indiquée dans sa demande initiale d'assistance judiciaire. Il allègue qu'il était possible de payer en dix versements hebdomadaires et souligne que le requérant a refusé la proposition d'assistance judiciaire avant que l'autorité compétente ait répondu à une lettre de son *solicitor* du 30 avril 1997 par laquelle il priait celle-ci de revoir les termes de sa proposition. Il indique que, si le requérant avait accepté la proposition d'assistance judiciaire, elle lui aurait été accordée sur-le-champ, et non pas en fonction du paiement ou non de l'intégralité de l'acompte.

83. De plus, le Gouvernement nie que la désignation ou le comportement de l'officier défenseur lors du procès du requérant devant la cour martiale ait emporté violation de l'article 6 § 1 de la Convention. Il n'existerait aucun motif sur lequel l'officier défenseur aurait pu s'appuyer pour conseiller au requérant de plaider non coupable puisque l'argument de la contrainte était en l'occurrence voué à l'échec. Les allégations de brimades et d'agressions formulées par l'intéressé n'étaient pas suffisantes en droit pour fonder pareille défense; d'ailleurs, comme les enquêteurs l'ont confirmé à l'époque, elles n'étaient pas étayées par les preuves. Quoiqu'il en soit, le requérant avait retiré ces allégations et décidé de ne pas répondre à des questions s'y rapportant pendant l'audience. Le Gouvernement affirme que ces allégations ont en tout état de cause été portées à la connaissance de la cour martiale et que tous les motifs de l'absence du requérant ont ainsi été donnés, puisque l'officier défenseur a remis à la cour la lettre du 17 mars 1993 adressée par l'intéressé à son chef de corps alors qu'il invoquait les circonstances atténuantes.

84. Le Gouvernement reconnaît que l'officier défenseur a dispensé des conseils erronés au requérant, après sa condamnation, quant aux conséquences d'un appel. Il fait toutefois valoir que l'intéressé n'en a pas pâti puisqu'il a eu peu après recours aux services d'un *solicitor* et, sans nul doute sur l'avis de ce dernier, a adressé une demande au Conseil de défense en sa qualité d'« autorité de contrôle », puis saisi la cour martiale d'appel.

85. Le Gouvernement affirme que l'officier défenseur était en droit de divulguer au Conseil de défense, après le procès, les informations auparavant protégées, eu égard aux graves allégations que le requérant avait formulées au sujet de cet officier dans sa demande au Conseil.

86. Le Gouvernement attire également l'attention sur le fait que le requérant pouvait prétendre à l'assistance judiciaire aux fins de se faire représenter devant la cour martiale, s'est vu proposer pareille assistance sous réserve du versement d'un « modeste » acompte du même ordre que

celui qui aurait été exigé par des juridictions civiles, et qu'il a pour finir refusé cette offre. Il s'ensuit que l'officier défenseur ne remplaçait pas un représentant en justice, et qu'il n'a jamais été question qu'il assume ce rôle. Le Gouvernement évoque par contraste la situation qui prévaut au pénal dans le monde civil: si un accusé refuse une offre d'assistance judiciaire, il doit en général se défendre lui-même au procès. Le Gouvernement souligne que le requérant avait le droit de choisir son officier défenseur en dehors de son unité et qu'on lui a fourni en octobre 1996 un document l'informant de ce droit, qu'il a choisi de ne pas utiliser.

87. Le Gouvernement nie que l'officier défenseur du requérant ait eu un quelconque lien, apparent ou autre, avec l'autorité de poursuite ou avec les membres de la cour martiale, qui appartenaient tous à des régiments différents et obéissaient à une hiérarchie différente. Selon lui, le simple fait que l'officier défenseur se soit trouvé sous les ordres du chef de corps de l'intéressé et, comme tout autre militaire, en dernier lieu sous l'autorité du commandant en chef des forces terrestres britanniques, ne pouvait influencer sur l'équité du procès du requérant devant la cour martiale puisque la décision de poursuivre et la conduite des poursuites relevaient de la responsabilité de l'autorité de poursuite.

## 2. *Appréciation de la Cour*

88. La Cour rappelle avoir conclu, dans l'affaire *Croissant c. Allemagne* (arrêt du 25 septembre 1992, série A n° 237-B, pp. 34-35, §§ 33-38), qu'il n'y a pas violation de l'article 6 § 3 c) lorsqu'un individu doit payer une partie des frais de l'assistance judiciaire et a les moyens de le faire.

89. La Cour relève que le requérant s'est vu proposer l'assistance judiciaire à condition de verser un acompte de 240 GBP. Les termes de cette offre ne lui paraissent ni arbitraires ni déraisonnables, connaissant la solde nette de l'intéressé à l'époque, indépendamment de la question de savoir s'il lui a ou non été proposé de payer en plusieurs fois.

90. La Cour relève en outre que, si le requérant avait accepté l'offre d'assistance judiciaire émanant de l'autorité compétente dans les termes exposés dans sa lettre du 21 avril 1997, il aurait été représenté à son procès en cour martiale par un avocat indépendant. Au lieu de cela, il a refusé cette offre avant même que l'autorité ait répondu à la lettre par laquelle son *solicitor* demandait une révision des termes de la proposition. De fait, le requérant a certifié le 2 mai 1997 qu'il ne voulait être représenté par personne d'autre que son officier défenseur et qu'il prenait cette décision de son plein gré (paragraphe 13 ci-dessus).

91. Dès lors, la Cour juge dénués de fondement les griefs du requérant quant à l'indépendance de son officier défenseur et à la manière dont celui-ci a mené sa défense. Quoi qu'il en soit, les preuves dont elle dispose l'amènent à conclure que l'officier défenseur a conseillé et

représenté l'intéressé comme il convient, sauf en ce qui concerne les risques qu'aurait comportés un recours contre le verdict de la cour martiale. Or le requérant a tout de même interjeté appel en bénéficiant de l'assistance d'un avocat, de sorte que cette erreur a été sans conséquence pour lui.

92. La Cour ne considère pas que la divulgation par l'officier défenseur d'informations protégées au Conseil de défense en sa qualité d'«autorité de contrôle» ait donné lieu en l'espèce à la moindre iniquité dans la procédure devant la cour martiale.

93. Partant, il n'y a pas eu violation des paragraphes 1 ou 3 c) de l'article 6 de la Convention pour ce qui est des griefs spécifiques soulevés par le requérant.

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

94. 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 moral

95. Le requérant sollicite 5 000 livres sterling (GBP) pour dommage moral au motif que, s'il avait été représenté de manière conforme à la Convention, il se serait vu infliger une peine nettement moins lourde que celle qui a été prononcée contre lui et n'aurait peut-être même pas été du tout condamné à une peine privative de liberté.

96. Le Gouvernement soutient qu'il n'y a pas lieu de spéculer sur l'issue qu'aurait pu connaître le procès du requérant devant la cour martiale dans d'autres circonstances. Il fait valoir que les affirmations de l'intéressé quant à ce qui se serait passé s'il avait été représenté par quelqu'un d'autre devant la cour martiale ne sont absolument pas plausibles étant donné qu'il avait été porté absent sans permission pendant plus de trois ans et demi, avait été arrêté au lieu de se rendre, et que l'absence sans permission est une infraction grave dans le cadre de l'armée.

97. La Cour note que le requérant associe sa demande au titre du dommage moral avec ses griefs relatifs à sa représentation devant la cour martiale. Or elle a déjà conclu qu'aucun de ces griefs ne révèle une violation de la Convention.

98. Quoi qu'il en soit, la Cour considère qu'elle ne saurait spéculer sur le résultat auquel la procédure devant la cour martiale aurait abouti si

l'infraction à la Convention n'avait pas eu lieu (arrêt *Findlay* précité, p. 284, §§ 85, 88).

En conclusion, elle estime que le constat de violation de l'article 6 § 1 de la Convention fournit en soi au requérant une satisfaction équitable suffisante pour le dommage moral allégué.

## B. Frais et dépens

99. Le requérant réclame aussi 20 925,46 GBP pour frais et dépens, taxe sur la valeur ajoutée (TVA) comprise.

100. Le Gouvernement trouve ces prétentions excessives. Le chiffre de cent quinze heures de travail de la part du représentant principal de l'intéressé lui semble très élevé. En particulier, il conteste la partie de la demande relative à la préparation des observations du requérant entre novembre 1999 et janvier 2000, soit cinquante heures de travail, et celle relative à la préparation des observations pour l'audience entre juillet et octobre 2001, soit trente-cinq heures de travail. Il avance également que le travail accompli pendant cette dernière période a pu chevaucher celui consacré aux procédures internes auxquelles l'avocat en cause participait à cette époque. Il ne voit pas non plus pourquoi le requérant a engagé un second avocat. Le montant de 12 000 GBP, TVA comprise, lui semblerait plus raisonnable.

101. La Cour rappelle qu'au titre de l'article 41 de la Convention elle ne rembourse que les frais et dépens dont il est établi qu'ils ont été réellement et nécessairement exposés et sont d'un montant raisonnable (voir, entre autres, *Nikolova c. Bulgarie* [GC], n° 31195/96, § 79, CEDH 1999-II).

102. La Cour note que les observations soumises par le représentant du requérant en janvier 2000 se composaient pour l'essentiel d'un document général intitulé «*The British Army Court-Martial System following the Armed Forces Act 1996 and the European Human Rights Convention*» (Le système britannique des cours martiales de l'armée de terre à la suite de l'adoption de la loi de 1996 sur les forces armées et la Convention européenne des Droits de l'Homme). Ce document, qui comportait quelque quatre-vingt-quatre pages sans les annexes, ne mentionne pas expressément la présente affaire et renferme de très nombreux éléments qui n'ont jamais été évoqués lors de la procédure devant la Cour. Elle considère que ce document n'a à l'évidence pas été conçu à la seule fin d'être utilisé dans la procédure devant elle. La Cour en conclut que le requérant ne saurait prétendre que la totalité des frais correspondant à l'élaboration de ce document a été réellement et nécessairement exposé et est d'un montant raisonnable. En revanche, la Cour ne pense pas comme le Gouvernement qu'il soit excessif d'évaluer à trente-cinq heures le travail de

préparation de l'audience vu la portée et la complexité des questions soumises devant elle. Il ne lui paraît pas non plus déraisonnable de la part du requérant d'avoir instruit un second avocat pour participer à l'audience.

A la lumière de ces considérations, la Cour alloue au requérant la somme globale de 30 000 euros au titre des frais et dépens, TVA comprise.

### **C. Intérêts moratoires**

103. Selon 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* qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention pour ce qui est de certains griefs du requérant relatifs à la structure générale du système des cours martiales;
2. *Dit* qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention pour ce qui est des griefs spécifiques du requérant;
3. *Dit* qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 3 c) de la Convention;
4. *Dit* que le constat de violation de l'article 6 § 1 de la Convention fournit en soi une satisfaction équitable suffisante pour le dommage moral que le requérant allègue avoir subi;
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, 30 000 EUR (trente mille euros) au titre des frais et dépens exposés pour la procédure devant les organes de la Convention, la taxe sur la valeur ajoutée comprise;
  - b) que ce montant sera à majorer d'un intérêt simple de 7,5 % l'an à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement;
6. *Rejette* la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 26 février 2002, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

S. DOLLÉ  
Greffière

J.-P. COSTA  
Président



KESLASSY c. FRANCE  
(Requête n° 51578/99)

DEUXIÈME SECTION<sup>1</sup>

DÉCISION DU 8 JANVIER 2002<sup>2</sup>

---

1. Siégeant en une chambre composée de M. A.B. Baka, *président*, M. J.-P. Costa, M. Gaukur Jörundsson, M. L. Loucaïdes, M. C. Bîrsan, M. M. Ugrekheldze, M<sup>me</sup> A. Mularoni, *juges*, et de M<sup>me</sup> S. Dollé, *greffière de section*.

2. Texte français original.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Visite domiciliaire opérée dans le cadre d'une enquête fiscale visant des sociétés****Article 8**

*Vie privée – Domicile – Visite domiciliaire opérée dans le cadre d'une enquête fiscale visant des sociétés – Ingérence – Prévues par la loi – Article L16 B du Livre des procédures fiscales – Bien-être économique – Prévention des infractions pénales – Marge d'appréciation – Cadre légal régissant les autorisations de visites domiciliaires – Décisions nationales entrant dans le cadre légal – Contrôle judiciaire de la procédure de visite – Proportionnalité – Nécessaire dans une société démocratique*

**Article 34**

*Victime – Qualité de victime – Particulier – Perquisition au domicile du requérant où se trouve le siège d'une société qu'il contrôle*

\*  
\* \*

Le requérant contrôlait des sociétés qui firent l'objet, par ordonnance judiciaire, d'une visite domiciliaire. La visite, qui s'accompagnait de la saisie de documents, fut effectuée par des officiers de police judiciaire dans les locaux professionnels des sociétés situés notamment au domicile du requérant. L'ordonnance, prise conformément à l'article L16 B du Livre des procédures fiscales, énumérait divers éléments fondant des présomptions de fraude de la part des sociétés visées et précisait que le but des visites était de rechercher la preuve que ces sociétés s'étaient soustraites à leurs obligations fiscales. La Cour de cassation débouta le requérant de son recours contre l'ordonnance, estimant que les éléments retenus par le juge étaient suffisants pour laisser présumer l'existence d'une fraude fiscale de la part des sociétés et justifier une visite domiciliaire.

Article 8 : une perquisition effectuée au domicile d'une personne physique constitue une ingérence dans le droit au respect du domicile, même si celui-ci se trouve être simultanément le siège des bureaux d'une société contrôlée par cette personne. Le requérant peut donc être considéré comme victime d'une ingérence dans le droit au respect de son domicile, utilisé à la fois pour un usage professionnel et pour un usage personnel. La perquisition s'analyse en une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et du domicile. L'ingérence était prévue par la loi.

---

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

La mesure litigieuse poursuivait les buts légitimes tenant à la protection du bien-être économique du pays et à la prévention des infractions pénales. L'autorité judiciaire, eu égard à sa marge d'appréciation, était fondée à penser que la visite domiciliaire était nécessaire à l'établissement de la preuve de l'infraction présumée et les motifs qu'elle a retenus pour en justifier s'avèrent pertinents et suffisants. La visite domiciliaire a été exécutée dans le cadre des strictes garanties exigées par la procédure nationale applicable, laquelle prévoit notamment une autorisation judiciaire préalable et un contrôle judiciaire de la procédure de visite et de saisies, elles-mêmes réalisées par des officiers de police judiciaire. En effet, le juge rendit une ordonnance motivée indiquant les éléments laissant présumer l'existence d'agissements frauduleux, donna des instructions particulières quant à la réalisation des opérations et contrôla l'ensemble du déroulement de celles-ci. Dès lors, eu égard au cadre strict enfermant en droit national les visites domiciliaires et au respect de ce cadre dans le déroulement des opérations domiciliaires en cause, l'ingérence était proportionnée aux buts légitimes poursuivis et nécessaire dans une société démocratique : défaut manifeste de fondement.

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

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

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

*Chappell c. Royaume-Uni*, arrêt du 30 mars 1989, série A n° 152-A

*Niemietz c. Allemagne*, arrêt du 16 décembre 1992, série A n° 251-B

*Funke c. France*, arrêt du 25 février 1993, série A n° 256-A

*Crémieux c. France*, arrêt du 25 février 1993, série A n° 256-B

*Mialhe c. France (n° 1)*, arrêt du 25 février 1993, série A n° 256-C

*Agrolexim et autres c. Grèce*, arrêt du 24 octobre 1995, série A n° 330-A

*F.P. et autres c. France*, nos 33009/96 à 33013/96, décision de la Commission du 10 septembre 1997, non publiée

*Banco de finanzas e inversiones S.A. c. Espagne (déc.)*, n° 36876/97, 27 avril 1999

(...)

## EN FAIT

Le requérant [M. Claude Keslassy] est un ressortissant français, né en 1941 et résidant à Paris. Il est représenté devant la Cour par M<sup>e</sup> V. Delaporte, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation à Paris.

### A. Les circonstances de l'espèce

Les faits de la cause, tels qu'ils ont été exposés par le requérant, peuvent se résumer comme suit.

Au moment des faits, le requérant contrôlait neuf sociétés à responsabilité limitée (SARL) soit par la détention directe ou indirecte de la majorité de leur capital social respectif, soit par l'attribution de la gérance statutaire à un membre de sa famille ou à un proche, soit par le contrôle des locaux dans lesquels les sociétés étaient installées.

Par une ordonnance du 3 juin 1997, le juge délégué par le président du tribunal de grande instance de Paris autorisa des inspecteurs en résidence à la Direction nationale d'enquêtes fiscales, à la Direction des services fiscaux et à la Direction des vérifications nationales et internationales, assistés de contrôleurs de ces directions, à procéder à des visites et saisies de documents dans huit locaux professionnels et d'habitation utilisés par le requérant, son épouse et les gérants des diverses sociétés concernées. Parmi les locaux visés, il y eut notamment le domicile du requérant.

Cette ordonnance désigna également les officiers de police judiciaire territorialement compétents pour assister aux diverses opérations autorisées et veiller au respect des droits de la défense.

L'ordonnance, fondée sur l'article L16 B du Livre des procédures fiscales, fut prise sur requête de la Direction nationale d'enquêtes fiscales et précisa que le but des visites ordonnées était de rechercher la preuve que les neuf SARL contrôlées par le requérant s'étaient bien soustraites «à l'établissement et au paiement de l'impôt sur le revenu catégorique des bénéfices industriels et commerciaux (BIC), et/ou de l'impôt sur les sociétés (IS) et de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA), en se livrant à des achats ou à des ventes sans facture, et/ou en délivrant des factures ou des documents ne se rapportant pas à des opérations réelles, et/ou en omettant sciemment de passer ou de faire passer des écritures ou en faisant passer sciemment des écritures inexactes ou fictives dans les documents comptables dont la tenue est imposée par le Code général des impôts (...)».

Dans l'ordonnance, parmi les éléments fondant les présomptions de fraude, le juge mentionna un courrier dactylographié, daté du 10 mars 1995, adressé à la Direction des services fiscaux de Paris et portant une signature manuscrite avec la mention que son auteur était B., gérante de la société C. Dans cette lettre, B. indiquait qu'elle ne pouvait contrôler les agissements de son frère, le requérant, détenteur de 60 % des parts de la société, et qu'elle n'avait pas accès à la comptabilité. Elle indiquait également que l'activité de la société était génératrice de rentrées d'argent très importantes en espèces et que le requérant distrait beaucoup d'argent de la société pour acheter des tableaux.

Le juge mentionna en outre que le 15 janvier 1997 des membres de la Direction des services fiscaux attestèrent avoir reçu le 31 octobre 1996 la visite d'une personne désirant garder l'anonymat qui leur déclara que le requérant prélevait une part des recettes des diverses sociétés dont il contrôlait le capital social, en s'appropriant les espèces et les chèques en blanc de bénéficiaire. Cette personne déclara également que ces prélèvements étaient effectués afin de permettre au requérant d'acheter des œuvres d'art et de constituer ainsi une collection à but lucratif et à titre personnel. Elle précisa enfin que le requérant disposait d'un compte client chez Christie's London et remettait à ses interlocuteurs des cartes de visite dont l'intitulé principal faisait référence à sa qualité de vendeur de tableaux orientalistes.

Le juge fit aussi état d'une procédure antérieure relative à une plainte déposée par l'administration pour fraude fiscale, consécutivement à la vérification de la comptabilité d'une des sociétés concernées. Le tribunal de grande instance de Paris avait alors déclaré le requérant gérant de fait de la société visée et constaté que celui-ci s'était abstenu de tenir toute comptabilité. Par un arrêt du 17 février 1988, la cour d'appel de Paris avait par ailleurs constaté que le requérant et son épouse s'étaient frauduleusement soustraits à l'établissement et au paiement total de l'impôt sur le revenu au titre de l'année 1983. Enfin, par un arrêt du 25 novembre 1994, la même cour avait constaté que le requérant assurait la direction de fait d'une autre SARL et l'avait condamné pour travail clandestin.

Dans son ordonnance du 3 juin 1997, le juge releva enfin :

« (...) que [le requérant] ne fait état d'aucun revenu (...)

(...) que le numéro de téléphone porté sur la carte de visite signalée par l'avisur a été attribué à la [société C.] de juillet 1989 à juillet 1996 (...)

(...) que ce numéro de téléphone est repris dans une annonce publiée dans l'édition de *Monde* datée des 22/23 mai 1995 (...)

(...) que cette annonce propose l'achat au prix maximum de meubles, bronzes, objets, tableaux orientalistes avec le versement d'une commission à tout intermédiaire (...)

(...) que cette annonce laisse présumer des moyens financiers importants ;

(...) que [le requérant] s'est fait ouvrir (...) un compte bancaire (...) en faisant référence à un numéro de SIRENE [système informatique pour le répertoire des entreprises et des établissements, permettant l'attribution à chaque entreprise d'un numéro d'immatriculation] (...) [qui] n'est pas répertorié par l'institut national de la propriété industrielle (...)

(...) qu'il est également susceptible d'utiliser des locaux (...) où il reçoit du courrier et où il résiderait avec sa concubine dont il a un enfant (...)

(...) qu'ainsi, les enquêtes réalisées par le service ont permis de valider les renseignements recueillis, [en] ce qui concerne les agissements [du requérant] au sein des sociétés ci-avant nommées ;

(...) que (...) les résultats de l'enquête effectuée recourent en grande partie les indications communiquées par la gérante de droit de la société C. et les déclarations de la personne reçue par le service le 31 octobre 1996 (...)

(...) qu'il existe des présomptions selon lesquelles, les sociétés que [le requérant] contrôle (...) minoreraient leurs recettes professionnelles en ne comptabilisant pas l'intégralité des opérations réalisées et ainsi se soustrairaient à l'établissement ou au paiement de l'impôt sur le revenu catégorie des bénéfices industriels et commerciaux (BIC), et/ou de l'impôt sur les sociétés (IS) et de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA), en omettant sciemment de passer ou de faire passer des écritures ou en faisant passer sciemment des écritures inexactes ou fictives dans les documents comptables dont la tenue est imposée par le Code général des impôts (...)

qu'ainsi la requête est justifiée et que la preuve des agissements frauduleux présumés peut être apportée par une visite inopinée.»

Le requérant, son épouse, ses fils, les gérants des sociétés et les sociétés formèrent un pourvoi en cassation contre cette ordonnance (cette seule voie de recours leur étant ouverte). Ils contestèrent notamment l'utilisation de la lettre écrite par B. dont ils discutèrent l'origine (seule la signature étant manuscrite) et prétendirent que ce document ne pouvait constituer une attestation au sens de l'article 202 du nouveau code de procédure civile car il ne répondait pas aux exigences formelles posées par cet article. De plus, ils contestèrent la valeur probante de la déclaration anonyme dont il était fait état car elle n'était pas, selon eux, corroborée par d'autres éléments d'information décrits et analysés par le juge, celui-ci ne pouvant se fonder sur des faits ou des condamnations antérieurs de fraude fiscale que comme indice supplémentaire. Ils relevèrent également que le juge avait, selon eux, irrégulièrement omis de préciser les exercices visés par les présomptions de fraude fiscale. Ils conclurent que ces éléments étaient insuffisants pour présumer une fraude fiscale justifiant une visite domiciliaire et que le juge n'avait pas donné de base légale à sa décision au regard des prescriptions de l'article L16 B du Livre des procédures fiscales.

Le 23 février 1999, la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation rejeta le pourvoi par un arrêt ainsi motivé :

«Mais attendu, en premier lieu, qu'en ses première et cinquième branches, le moyen tend à contester la valeur des éléments retenus par le juge comme moyen de preuve du bien-fondé de la requête; que de tels moyens sont inopérants pour critiquer l'ordonnance dans laquelle le juge a recherché, par l'appréciation des éléments fournis par l'Administration, s'il existait des présomptions d'agissements visés par la loi justifiant la recherche de la preuve de ces agissements au moyen d'une visite en tous lieux, même privés, et d'une saisie de documents s'y rapportant;

Attendu, en deuxième lieu, que l'ordonnance a mentionné l'origine de la lettre datée du 10 mars 1995 constituant la pièce II-a; que les formalités de l'article 202 du nouveau Code de procédure civile relatives à la production en justice d'attestations dans le cadre d'un procès civil ne sont pas prescrites à peine de nullité; qu'il appartient au juge d'apprécier souverainement si l'attestation non conforme présente des garanties suffisantes pour emporter sa conviction; que le moyen, qui, pour le surplus, conteste le contenu de cette pièce, est inopérant;

Attendu, en troisième lieu, que la déclaration anonyme reçue le 31 octobre 1996 est corroborée par la lettre du 10 mars 1995 constituant la pièce II-a, décrite et analysée par l'ordonnance;

Attendu, en dernier lieu, que l'article L16 B du Livre des procédures fiscales n'impose pas à peine d'irrégularité de l'ordonnance que le juge précise les exercices concernés par la fraude présumée;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches.»

## **B. Le droit et la pratique internes pertinents**

Au moment des faits, l'article L16 B du Livre des procédures fiscales en ses dispositions pertinentes était ainsi libellé (rédaction antérieure à la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000) :

«I. Lorsque l'autorité judiciaire, saisie par l'administration fiscale, estime qu'il existe des présomptions qu'un contribuable se soustrait à l'établissement ou au paiement des impôts sur le revenu ou sur les bénéfices ou de la taxe sur la valeur ajoutée en se livrant à des achats ou à des ventes sans facture, en utilisant ou en délivrant des factures ou des documents ne se rapportant pas à des opérations réelles ou en omettant sciemment de passer ou de faire passer des écritures ou en passant ou en faisant passer sciemment des écritures inexacts ou fictives dans des documents comptables dont la tenue est imposée par le code général des impôts, elle peut, dans les conditions prévues au II, autoriser les agents de l'administration des impôts, ayant au moins le grade d'inspecteur et habilités à cet effet par le directeur général des impôts, à rechercher la preuve de ces agissements, en effectuant des visites en tous lieux, même privés, où les pièces et documents s'y rapportant sont susceptibles d'être détenus et procéder à leur saisie.

II. Chaque visite doit être autorisée par une ordonnance du président du tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés les lieux à visiter ou d'un juge délégué par lui.

Le juge doit vérifier de manière concrète que la demande d'autorisation qui lui est soumise est bien fondée; cette demande doit comporter tous les éléments d'information en possession de l'administration de nature à justifier la visite.



L'ordonnance comporte :

- le cas échéant, mention de la délégation du président du tribunal de grande instance;
- l'adresse des lieux à visiter;
- le nom et la qualité du fonctionnaire habilité qui a sollicité et obtenu l'autorisation de procéder aux opérations de visite.

Le juge motive sa décision par l'indication des éléments de fait et de droit qu'il retient et qui laissent présumer, en l'espèce, l'existence des agissements frauduleux dont la preuve est recherchée.

Si, à l'occasion de la visite, les agents habilités découvrent l'existence d'un coffre dans un établissement de crédit dont la personne occupant les lieux visités est titulaire et où des pièces et documents se rapportant aux agissements visés au I sont susceptibles de se trouver, ils peuvent, sur autorisation délivrée par tout moyen par le juge qui a pris l'ordonnance, procéder immédiatement à la visite de ce coffre. Mention de cette autorisation est portée au procès-verbal prévu au IV.

La visite et la saisie de documents s'effectuent sous l'autorité et le contrôle du juge qui les a autorisés. A cette fin, il donne toutes instructions aux agents qui participent à ces opérations.

Il désigne un officier de police judiciaire chargé d'assister à ces opérations et de le tenir informé de leur déroulement.

Il peut, s'il l'estime utile, se rendre dans les locaux pendant l'intervention.

A tout moment, il peut décider la suspension ou l'arrêt de la visite.

L'ordonnance est notifiée verbalement et sur place au moment de la visite, à l'occupant des lieux ou à son représentant qui en reçoit copie intégrale contre récépissé ou émargement au procès-verbal prévu au IV. En l'absence de l'occupant des lieux ou de son représentant, l'ordonnance est notifiée, après la visite, par lettre recommandée avec avis de réception. La notification est répétée faite à la date de réception figurant sur l'avis.

A défaut de réception, il est procédé à la signification de l'ordonnance dans les conditions prévues par les articles 550 et suivants du code de procédure pénale.

Les délais et modalités de la voie de recours sont mentionnés sur les actes de notification et de signification.

L'ordonnance mentionnée au premier alinéa n'est susceptible que d'un pourvoi en cassation selon les règles prévues par le code de procédure pénale; ce pourvoi n'est pas suspensif. Les délais de pourvoi courent à compter de la notification ou de la signification de l'ordonnance.

III. La visite, qui ne peut être commencée avant six heures ni après vingt et une heures, est effectuée en présence de l'occupant des lieux ou de son représentant; en cas d'impossibilité, l'officier de police judiciaire requiert deux témoins choisis en dehors des personnes relevant de son autorité ou de celle de l'administration des impôts.

Les agents de l'administration des impôts mentionnés au I peuvent être assistés d'autres agents des impôts habilités dans les mêmes conditions que les inspecteurs.

Les agents des impôts habilités, l'occupant des lieux ou son représentant et l'officier de police judiciaire peuvent seuls prendre connaissance des pièces et documents avant leur saisie.

L'officier de police judiciaire veille au respect du secret professionnel et des droits de la défense conformément aux dispositions du troisième alinéa de l'article 56 du code de procédure pénale; l'article 58 de ce code est applicable.

IV. Un procès-verbal relatant les modalités et le déroulement de l'opération et consignnant les constatations effectuées est dressé sur-le-champ par les agents de l'administration des impôts. Un inventaire des pièces et documents saisis lui est annexé s'il y a lieu. Le procès-verbal et l'inventaire sont signés par les agents de l'administration des impôts et par l'officier de police judiciaire ainsi que par les personnes mentionnées au premier alinéa du III; en cas de refus de signer, mention en est faite au procès-verbal.

Si l'inventaire sur place présente des difficultés, les pièces et documents saisis sont placés sous scellés. L'occupant des lieux ou son représentant est avisé qu'il peut assister à l'ouverture des scellés qui a lieu en présence de l'officier de police judiciaire; l'inventaire est alors établi.

V. Les originaux du procès-verbal et de l'inventaire sont, dès qu'ils ont été établis, adressés au juge qui a autorisé la visite; une copie de ces mêmes documents est remise à l'occupant des lieux ou à son représentant.

(...)»

L'article 202 du nouveau code de procédure civile est ainsi libellé :

«L'attestation contient la relation des faits auxquels son auteur a assisté ou qu'il a personnellement constatés.

Elle mentionne les nom, prénoms, date et lieu de naissance, demeure et profession de son auteur ainsi que, s'il y a lieu, son lien de parenté ou d'alliance avec les parties, de subordination à leur égard, de collaboration ou de communauté d'intérêts avec elles.

Elle indique en outre qu'elle est établie en vue de sa production en justice et que son auteur a connaissance qu'une fausse attestation de sa part l'expose à des sanctions pénales.

L'attestation est écrite, datée et signée de la main de son auteur. Celui-ci doit lui annexer, en original ou en photocopie, tout document officiel justifiant de son identité et comportant sa signature.»

Le juge peut cependant admettre des attestations non conformes à ces prescriptions et il lui appartient alors «d'apprécier souverainement si l'attestation non conforme à l'article 202 présente des garanties suffisantes pour emporter sa conviction» (*Cass. civ.* 29 avril 1981, *Bull. civ.* I, n° 143; *Cass. civ.* 23 janvier 1985, *Bull. civ.* II, n° 20).

## GRIEF

Invoquant l'article 8 de la Convention, le requérant se plaint des conditions dans lesquelles ont été ordonnées les visites domiciliaires effectuées, en particulier à son domicile.

Il considère que l'exigence de proportionnalité entre la lutte contre la fraude fiscale et le respect de la liberté individuelle et de l'inviolabilité du domicile n'a pas été respectée. Il estime en effet que l'ordonnance du juge délégué par le président du tribunal de grande instance de Paris se fonde sur deux éléments – à savoir une déclaration anonyme et une lettre de dénonciation ne répondant pas aux conditions d'une attestation ayant valeur probante en justice – qui s'avèrent être insuffisants pour établir une présomption de délit fiscal et motiver une ingérence dans son droit au respect de la liberté individuelle et de son domicile.

## EN DROIT

Le requérant se plaint de la violation de l'article 8 de la Convention qui dispose en ses parties pertinentes :

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

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire (...) au bien-être économique du pays (...) et à la prévention des infractions pénales (...) »

Se fondant sur l'arrêt *Funke c. France* (25 février 1993, série A n° 256-A), le requérant soutient que l'article L16 B du Livre des procédures fiscales n'offre pas, en pratique, de garanties suffisantes contre les abus. En particulier, il estime que le contrôle exercé tant par le juge qui autorise les visites domiciliaires que par la Cour de cassation – qui n'intervient que dans le cadre limité du contrôle de cassation – est insuffisant alors que l'ordonnance qui autorise ou refuse les perquisitions n'est pas rendue à l'issue d'une procédure contradictoire.

Il soutient que le juge, en l'espèce, n'a pas procédé à une vérification précise de la requête de l'administration et des pièces l'accompagnant. En effet, il conteste la valeur des éléments de fait relevés par le juge : il souligne que la déclaration de B. n'était pas manuscrite et n'indiquait pas qu'elle était établie en vue de sa production en justice et que son auteur avait connaissance qu'une fausse attestation de sa part l'exposait à des sanctions pénales. Il soutient également que certaines mentions contenues dans l'attestation étaient contredites par d'autres documents officiels figurant dans le dossier. Selon le requérant, une telle attestation, qui ne serait donc pas conforme aux prescriptions de l'article 202 du

nouveau code de procédure civile, simplement corroborée par une déclaration anonyme, ne pouvait constituer un élément suffisant pour justifier des visites domiciliaires. Il en découle que, pour le requérant, le juge n'aurait pas mis en évidence l'existence de présomptions de fraude fiscale qui seules auraient pu légitimer l'autorisation de procéder à des visites domiciliaires constitutives d'une ingérence dans le droit au respect de sa liberté individuelle et de son domicile.

Se pose d'emblée la question de la qualité de « victime » du requérant au sens de l'article 34 de la Convention. A cet égard, la Cour rappelle d'abord que, selon sa jurisprudence, le terme « domicile » peut englober, par exemple, le bureau d'un membre d'une profession libérale (*Niemietz c. Allemagne*, arrêt du 16 décembre 1992, série A n° 251-B, p. 34, § 30), et qu'une perquisition effectuée au domicile d'une personne physique constitue bien une ingérence dans le droit au respect du domicile, au sens de l'article 8 de la Convention, même si le domicile se trouve être simultanément le siège des bureaux d'une société contrôlée par cette personne (*Chappell c. Royaume-Uni*, arrêt du 30 mars 1989, série A n° 152-A). Le requérant est donc fondé à se considérer comme « victime » d'une ingérence dans le droit au respect de son domicile au sens de l'article 8 de la Convention en ce qui concerne son domicile personnel, utilisé à la fois pour un usage professionnel et pour un usage personnel.

Reste la question de savoir si le requérant peut se prétendre « victime » en son nom personnel en ce qui concerne les visites domiciliaires effectuées dans les locaux utilisés par les sociétés qu'il contrôlait directement ou indirectement au moment des faits. La Cour rappelle que, dans l'arrêt *Agrotexim et autres c. Grèce* du 24 octobre 1995, série A n° 330-A, elle a limité la possibilité de permettre à un actionnaire d'une société, et notamment un actionnaire majoritaire, de se prétendre victime de mesures touchant la société. La Cour n'estime toutefois pas nécessaire en l'occurrence de trancher la question, car de toute manière elle considère que le grief dans sa totalité est manifestement mal fondé.

La Cour estime que la perquisition effectuée dans les locaux du requérant s'analyse en une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et du domicile garanti par l'article 8 § 1 de la Convention. Il échet, dès lors, de déterminer si l'ingérence litigieuse remplissait les conditions de l'article 8 § 2 de la Convention.

La Cour constate tout d'abord que ladite ingérence était « prévue par la loi », puisque la visite domiciliaire a été ordonnée conformément à l'article L16 B du Livre des procédures fiscales.

La Cour considère en outre que la mesure litigieuse poursuivait la protection du bien-être économique du pays et la prévention des infractions pénales, qui constituent des « buts légitimes » au sens de l'article 8 § 2 de la Convention.

En ce qui concerne la nécessité de l'ingérence, la Cour rappelle que la notion de nécessité implique une ingérence fondée sur un besoin social impérieux et notamment proportionnée au but légitime recherché. Pour se prononcer sur la « nécessité » d'une ingérence « dans une société démocratique », la Cour tient compte de la marge d'appréciation laissée aux Etats contractants (voir, parmi bien d'autres, *W. c. Royaume-Uni*, arrêt du 8 juillet 1987, série A n° 121, p. 27, § 60 b) et d)). Toutefois, elle ne se borne pas à se demander si l'Etat défendeur a usé de son pouvoir d'appréciation de bonne foi, avec soin et de manière sensée. Dans l'exercice de son contrôle, il lui faut considérer les décisions critiquées à la lumière de l'ensemble de l'affaire et déterminer si les motifs invoqués à l'appui des ingérences en cause sont « pertinents et suffisants » (voir entre autres, *mutatis mutandis*, *Lingens c. Autriche*, arrêt du 8 juillet 1986, série A n° 103, pp. 25-26, § 40).

S'agissant des perquisitions domiciliaires en particulier, la Cour a reconnu que si les Etats peuvent « estimer nécessaire de recourir à certaines mesures, telles les visites domiciliaires et les saisies, pour établir la preuve matérielle des délits (...) et en poursuivre le cas échéant les auteurs, encore faut-il que leur législation et leur pratique en la matière offrent des garanties suffisantes contre les abus » (arrêts *Funke*, *Crémieux* et *Mialhe (n° 1) c. France*, 25 février 1993, série A n° 256-A, B et C, pp. 24-25, § 56, p. 62, § 39, et pp. 89-90, § 37, respectivement).

En l'espèce, la Cour observe que pour l'autorité judiciaire la visite au domicile du requérant s'imposait pour recueillir les éléments de preuve confirmant les agissements frauduleux du requérant. A cet égard, elle note que le juge délégué par le président du tribunal de grande instance de Paris n'établit pas les présomptions justifiant la visite domiciliaire seulement sur le fondement de la lettre signée par B. et de la déclaration anonyme recueillie par les agents des services fiscaux. Il se fonda également sur plusieurs éléments résultant des enquêtes diligentées par les services et qui permirent de valider les renseignements recueillis, ainsi que de recouper en grande partie les indications fournies par B. et par la personne reçue par les agents des services fiscaux (article dans *Le Monde*, utilisation d'un numéro SIRENE non répertorié, plainte pour fraude fiscale déposée par l'administration contre une des sociétés du requérant). La Cour estime que l'autorité judiciaire, eu égard à sa marge d'appréciation, était fondée à penser que la visite domiciliaire était nécessaire à l'établissement de la preuve de l'infraction en cause. Elle considère que les motifs invoqués à l'appui de la visite, à savoir les saisies des documents ou supports de documents relatifs à la fraude présumée, étaient pertinents et suffisants.

Quant aux conditions dans lesquelles la visite domiciliaire litigieuse se déroula, la Cour rappelle qu'elle a déjà été amenée à se prononcer sur ces points dans ses arrêts *Funke*, *Crémieux* et *Mialhe (n° 1)*, précités. Dans ces

affaires, elle a constaté que l'administration bénéficiait alors, selon le droit applicable, d'amples pouvoirs non soumis à autorisation judiciaire préalable ni à un contrôle du juge au cours des opérations, la présence d'un officier de police judiciaire lors des visites n'étant même pas toujours requise. Eu égard surtout à l'absence d'un mandat judiciaire, elle a considéré, dans l'arrêt *Funke* (p. 25, § 57), que « les restrictions et conditions prévues par la loi (...) apparaissaient trop lâches et lacunaires pour que les ingérences dans les droits du requérant fussent étroitement proportionnées au but légitime recherché » et a conclu à une violation de l'article 8 de la Convention.

Or il n'en va pas de même dans l'affaire du requérant. La Cour observe tout d'abord que l'article L16 B du Livre des procédures fiscales énonce un certain nombre de garanties: il prévoit, d'une part, une autorisation judiciaire après vérification, par le juge, des éléments fondant la demande de l'administration. D'autre part, l'ensemble de la procédure de visite et de saisie est placée sous l'autorité et le contrôle du juge, qui désigne un officier de police judiciaire pour y assister et lui rendre compte, et qui peut à tout moment se rendre lui-même dans les locaux et ordonner la suspension ou l'arrêt de la visite. Cependant il ne ressort d'aucun élément du dossier que cette procédure n'ait pas été pleinement respectée lors de l'exécution de la visite domiciliaire litigieuse.

En effet, la Cour note qu'en l'espèce le juge rendit une ordonnance motivée indiquant les éléments de fait et de droit retenus laissant présumer l'existence d'agissements frauduleux dont il fallait rechercher la preuve. Le juge contrôla l'ensemble de la procédure: il désigna les membres de la commission judiciaire qui effectua la visite, à savoir seize inspecteurs en résidence à la Direction nationale d'enquêtes fiscales, à la Direction des services fiscaux et à la Direction des vérifications nationales et internationales, assistés de dix contrôleurs, et huit officiers de police judiciaire territorialement compétents et chargés de veiller au respect des droits de la défense et de tenir le juge informé du déroulement des opérations. Le juge inclut dans l'ordonnance des instructions particulières subordonnant notamment à son autorisation toute visite nécessaire pour de nouveaux lieux découverts au cours de l'opération. Il précisa également que toute difficulté d'exécution devait être portée à sa connaissance, que l'ouverture de tout coffre dans un établissement de crédit dont la personne occupant les lieux aurait été titulaire devait être soumise à son autorisation expresse et qu'une copie de l'ordonnance devait être remise à l'occupant des lieux ou à son représentant.

Dès lors, eu égard au cadre strict dans lequel les autorisations de visites domiciliaires sont enfermées et au fait que la visite domiciliaire litigieuse s'est déroulée dans le respect de ce cadre, la Cour estime que l'ingérence dans le droit du requérant au respect de sa vie privée et de son domicile était proportionnée aux buts légitimes poursuivis et donc « nécessaire,

dans une société démocratique », au sens de l'article 8 § 2 de la Convention (voir, *mutatis mutandis*, *F.P. et autres c. France*, nos 33009/96 à 33013/96, décision de la Commission du 10 septembre 1997, non publiée; voir également *Banco de finanzas e inversiones S.A. c. Espagne* (déc.), n° 36876/97, 27 avril 1999).

Il s'ensuit que la requête doit dès lors être rejetée comme manifestement mal fondée, en application de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

Par ces motifs, la Cour, à l'unanimité,

*Déclare* la requête irrecevable.





KESLASSY v. FRANCE  
(Application no. 51578/99)

SECOND SECTION<sup>1</sup>

DECISION OF 8 JANUARY 2002<sup>2</sup>

---

1. Sitting as a Chamber composed of Mr A.B. Baka, *President*, Mr J.-P. Costa, Mr Gaukur Jörundsson, Mr L. Loucaides, Mr C. Bîrsan, Mr M. Ugrekhelidze, Mrs A. Mularoni, *judges*, and Mrs S. Dollé, *Section Registrar*.

2. Translation; original French.



SUMMARY<sup>1</sup>**Search of residential premises during an investigation into an alleged tax fraud by companies****Article 8**

*Private life – Domicile – Search of residential premises during an investigation into an alleged tax fraud by companies – Interference – In accordance with the law – Article L 16 B of the Code of Tax Procedure – Economic well-being – Prevention of crime – Margin of appreciation – Rules governing the issue of warrants for searches of residential premises – Decisions of domestic courts complied with domestic law – Judicial supervision of the search procedures – Proportionality – Necessary in a democratic society*

**Article 34**

*Victim – Standing as a victim – Individual – Search of the applicant’s home, which also served as the head office of a company the applicant controlled*

\*  
\* \* \*

The applicant held a controlling interest in various companies whose premises had been searched under a judicial warrant. The searches, which involved the seizure of documents, were carried out by senior police officers on the companies’ business premises, some of which were located in the applicant’s home. The warrant, which had been issued pursuant to Article L 16 B of the Code of Tax Procedure, listed various matters giving rise to a presumption of fraud by the companies and stated that the purpose of the searches was to seek evidence that the companies were in breach of their tax obligations. The Court of Cassation dismissed an application by the applicant to have the warrant set aside, holding that there had been sufficient evidence before the judge to give rise to a presumption of tax fraud by the companies and to justify the issue of the search warrant.

*Held*

Article 8: A search of a person’s domicile constituted an interference with the right to respect for the home even if the premises concerned also served as the head office of a company controlled by that person. The applicant could therefore be regarded as a victim of an interference with his right to respect for his home, which was used both professionally and privately. The search amounted to an interference in the exercise of the right to respect for his private life and home. That interference was in accordance with the law and pursued the legitimate aims

---

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

of protecting the economic well-being of the country and the prevention of crime. The judicial authority was entitled to consider, within its margin of appreciation, that the search of the applicant's home was necessary for obtaining evidence of the presumed tax offences and the reasons on which it had relied were relevant and sufficient. The search had been carried out in accordance with the strict guarantees required by the applicable domestic procedure, which essentially entailed prior judicial authorisation and judicial supervision of the search and seizure procedures, which were effected by senior police officers. The judge had issued a reasoned order identifying the factors which gave rise to the presumption of fraudulent conduct. He had given special instructions regarding the implementation of the search and had supervised the entire search operation. Accordingly, regard being had to the strict rules of domestic law governing searches and to the fact that those rules had been complied with during the searches, the interference had been proportionate to the legitimate aims pursued and necessary in a democratic society: manifestly ill-founded.

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

- Lingens v. Austria*, judgment of 8 July 1986, Series A no. 103  
*W. v. the United Kingdom*, judgment of 8 July 1987, Series A no. 121  
*Chappell v. the United Kingdom*, judgment of 30 March 1989, Series no. 152-A  
*Niemietz v. Germany*, judgment of 16 December 1992, Series A no. 251-B  
*Funke v. France*, judgment of 25 February 1993, Series A no. 256-A  
*Crémieux v. France*, judgment of 25 February 1993, Series A no. 256-B  
*Mialhe v. France (no. 1)*, judgment of 25 February 1993, Series A no. 256-C  
*Agrotexim and Others v. Greece*, judgment of 24 October 1995, Series A no. 330-A  
*F.P. and Others v. France*, nos. 33009/96 to 33013/96, Commission decision of 10 September 1997, unreported  
*Banco de finanzas e inversiones S.A. v. Spain (dec.)*, no. 36876/97, 27 April 1999

...

## THE FACTS

The applicant [Mr Claude Keslassy] is a French national, who was born in 1941 and lives in Paris. He was represented before the Court by Mr V. Delaporte, a member of the *Conseil d'Etat* and Court of Cassation Bar.

### A. The circumstances of the case

The facts of the case, as submitted by the applicant, may be summarised as follows.

At the material time the applicant controlled nine private limited companies (*sociétés à responsabilité limitée*), either through direct or indirect majority shareholdings, or through *de jure* managers appointed from members of his family or close contacts, or through the control of the premises from which the companies were operating.

By an order of 3 June 1997 a judge delegated by the President of the Paris *tribunal de grande instance* authorised tax inspectors from the National Head Office for Tax Investigations, the Revenue Department and the National and International Tax Audit Department, assisted by tax controllers from those departments, to search and seize documents on eight sets of business and residential premises used by the applicant, his wife and the managers of the various companies concerned. Among the premises to be searched was the applicant's home.

The order also specified the senior police officers (*officiers de police judiciaire*) with territorial jurisdiction to assist with the authorised operations and to ensure compliance with the rights of the defence.

The order was issued pursuant to Article L 16 B of the Code of Tax Procedure following an application by the National Head Office for Tax Investigations. It stated that the aim of the searches was to seek evidence that the nine private limited companies controlled by the applicant had avoided "calculating or paying income tax on industrial and business profits, and/or corporation tax and value-added tax (VAT), by making purchases and sales without invoices and/or by issuing invoices or documents that did not correspond to genuine transactions and/or by knowingly omitting to make accounting entries or to cause accounting entries to be made or by knowingly causing inaccurate or false entries to be made in the accounting records that are required to be kept by the General Tax Code ...".

Among the evidence that was cited by the judge in the order as giving rise to a presumption of fraud was a typewritten letter dated 10 March 1995 that had been sent to the Revenue Department in Paris and bore a

handwritten signature and a note stating that it was from B., manageress of the C. company. In the letter, B. said that she was unable to control the conduct of her brother, the applicant, who held 60% of the shares in the company, and that she had no access to the accounts. She also said that the company's activity generated very substantial cash revenues and that the applicant was in the habit of siphoning off large sums of money from the company with which to purchase paintings.

The judge also noted that on 15 January 1997 officials from the Revenue Department had given a statement in which they said that on 31 October 1996 they had received a visit from a person who wished to remain anonymous who had affirmed that the applicant creamed off part of the income of the various companies in which he held a controlling stake of the share capital by appropriating to himself cash and cheques on which the name of the payee had been left blank. The informant had also stated that the money was used to enable the applicant to buy works of art and thus to build up a collection with a view to personal gain. Finally, the informant had added that the applicant held a customer account at Christie's in London and gave his contacts business cards on which he presented himself as a seller of oriental paintings.

The judge also referred to previous proceedings that had been issued on a complaint by the authorities for tax fraud following an audit of the accounts of one of the companies concerned. The Paris *tribunal de grande instance* had at the time held that the applicant was a *de facto* manager of the company concerned and found that it had failed to keep any accounts. Furthermore, in a judgment of 17 February 1988 the Paris Court of Appeal had found that the applicant and his wife had fraudulently failed to calculate and pay any income tax for the 1983 tax year. Lastly, in a judgment of 25 November 1994 the Paris Court of Appeal had found that the applicant was the *de facto* manager of another private limited company and had convicted him of working illegally.

In his order of 3 June 1997 the judge noted lastly:

“[The applicant] does not disclose any income ...

The telephone number on the business card mentioned by the informant was allocated to [the C. company] from July 1989 to July 1996 ...

That telephone number appeared in an advertisement that was placed with the 22/23 May 1995 edition of *Le Monde* ...

The advertisement was for the purchase at premium prices of furniture, bronze sculptures, objects and oriental paintings and stated that commission would be paid to any intermediaries ...

The inference from the advertisement is that substantial funds are available.

[The applicant] arranged for a bank account to be opened ... by referring to a company registration number [*numéro de SIRENE* – an acronym for a computer system for the registration of undertakings and places of business, which enables all

undertakings to be assigned a registration number] ... [which] does not appear on the list kept by the National Institute of Industrial Property ...

He is also able to use the ... premises, receives post there and lives there with his partner, by whom he has a child ...

Thus, the investigations made by the department have enabled the information obtained to be confirmed in so far as it concerns [the applicant's] activities in the aforementioned companies.

The results of the investigation carried out largely match the information provided by the *de jure* manageress of the C. company and the statements made by the person who attended the department's offices on 31 October 1996 ...

Presumptions exist that the companies which [the applicant] controls ... reduced their business receipts by omitting to enter all their dealings in the accounts and have thus avoided calculating or paying income tax on industrial and business profits and/or corporation tax and value-added tax (VAT), by knowingly omitting to make accounting entries or to cause accounting entries to be made or by knowingly causing inaccurate or false entries to be made in the accounting records that are required to be kept by the General Tax Code ...

Thus, the application is founded and it may be possible to obtain proof of the presumed fraudulent acts by making a search without prior warning."

The applicant, his wife and sons, the managers of the companies and the companies themselves appealed to the Court of Cassation against the order (that being the sole remedy available to them). In particular, they argued that the letter written by B. was inadmissible in evidence and contested its origin (as only the signature was handwritten). They alleged that it could not constitute a witness statement within the meaning of Article 202 of the New Code of Civil Procedure, as it did not satisfy the formal requirements set out in that provision. They also contested the evidential value of the anonymous statement that had been referred to as, in their submission, the judge, who was only entitled to rely on previous offences or convictions for tax fraud as additional circumstantial evidence, had not identified and analysed any other information that corroborated it. They noted too that the judge had, improperly in their submission, omitted to specify the accounting years to which the presumptions of tax fraud applied. They said in conclusion that that evidence was insufficient to raise a presumption of tax fraud justifying a search of residential property and that the judge had failed to give sufficient reasons for his decision in view of his obligations under Article L 16 B of the Code of Tax Procedure.

On 23 February 1999 the Commercial, Financial and Economic Division of the Court of Cassation dismissed the appeal in a judgment in which it gave the following reasons:

"Firstly, the appellants sought in the first and fifth limbs of the ground of appeal to contest the value of the evidence relied on by the judge as proof that the application was well-founded. Their arguments do not constitute valid grounds for invalidating the

order in which, by assessing the evidence that had been adduced by the authorities, the judge sought to establish whether presumptions existed that there had been unlawful conduct that warranted a search being made of all premises, including private premises, for proof thereof and the seizure of any relevant documents.

Secondly, reference is made in the order to the origin of the letter dated 10 March 1995, which was produced as Exhibit II-a. A failure to comply with the formal requirements of Article 202 of the New Code of Civil Procedure governing the production of statements in evidence in civil proceedings does not render such statements inadmissible in evidence. It is for the trial court to decide in its unfettered discretion whether a witness statement that does not comply with the formal requirements affords guarantees sufficient to satisfy it. This ground of appeal, the remainder of which the appellants devote to contesting the content of that piece of evidence, fails.

Thirdly, the anonymous statement received on 31 October 1996 is corroborated by the letter of 10 March 1995 (Exhibit II-a) which was described and analysed in the warrant.

Article L 16 B of the Code of Tax Procedure does not render a warrant invalid if the judge fails to specify the accounting years concerned by the presumed fraud.

It follows from the above that none of the limbs of the ground of appeal are founded.”

## **B. Relevant domestic law and practice**

At the material time, the relevant provisions of Article L 16 B of the Code of Tax Procedure (as worded prior to the enactment of Law no. 2000-516 of 15 June 2000) provided:

“I. If the judicial authority, on an application by the tax authority, considers that presumptions exist that a taxpayer is avoiding the calculation or payment of taxes on revenue or profits or of value-added tax by making purchases or sales without invoices, by using or issuing invoices or documents that do not correspond to genuine transactions or by knowingly omitting to make accounting entries or to cause accounting entries to be made or by knowingly making inaccurate or false entries or causing inaccurate or false entries to be made in the accounting records that are required to be kept by the General Tax Code, it may, in accordance with the conditions set out in II, authorise tax officials of at least inspector rank and holding authority from the Director-General of the Revenue to that end to seek proof of such acts by carrying out searches of all premises, including private premises, where evidence and documents relating thereto may be kept and to seize such evidence and documents.

II. All searches must be authorised by an order of the president of the *tribunal de grande instance* for the jurisdiction in which the premises to be searched are located or by a judge delegated by him or her.

The judge shall verify whether there is concrete evidence that the application for authorisation which has been made to him or her is well-founded. The application must contain all the information in the possession of the authority that may serve to justify a search.

The order shall include:

(i) where appropriate, a statement that the president of the *tribunal de grande instance* has delegated the requisite power;



(ii) the address of the premises to be searched;

(iii) the name and capacity of the accredited civil servant who has sought and obtained authorisation to carry out the search.

The judge shall give reasons for his or her decision by indicating the elements of fact and law on which he or she relies and which raise a presumption in the case before him or her of the existence of the fraudulent acts for which evidence is sought.

If during the course of the search the accredited officials discover the existence of a safe-deposit box in a financial institution in the name of the person occupying the premises searched in which items of evidence and documents relating to the acts referred to in I are likely to be found, they may, with the permission – which may be given in any form – of the judge who made the order, immediately search the safe-deposit box. A reference to such permission shall be entered in the record referred to in IV.

The search and seizure shall be carried out under the authority and supervision of the judge who authorised them. To that end, he or she shall give all instructions to the officials engaged in the operations.

He or she shall appoint a senior police officer to assist with the operations and to keep him or her informed of their progress.

The judge may, if he or she considers it appropriate, attend the premises while the operations are under way.

He or she may at any time decide to suspend or halt the search.

The occupier of the premises or his or her representative shall be orally informed of the order on site when the search is carried out and shall receive a full copy of it, for which he or she shall either sign a receipt or initial the record referred to in IV. In the absence of the occupier of the premises or his or her representative, the order shall be served by registered letter with recorded delivery after the search has been performed. Service shall be deemed to have been effected at the date of receipt entered on the delivery form.

If delivery of the order is not taken, it shall be served personally in accordance with the provisions of Articles 550 et seq. of the Code of Criminal Procedure.

The time-limit and procedure for appealing shall be set out in the documents accompanying postal or personal service.

The only remedy against the order referred to in the first sub-paragraph shall be an appeal on points of law in accordance with the rules set out in the Code of Criminal Procedure. Such appeals shall have no suspensive effect. For the purposes of an appeal on points of law, time shall start to run from the date of postal or personal service of the order.

III. Searches, which may not be started before 6 a.m. or after 9 p.m., shall be conducted in the presence of the occupier of the premises or of his or her representative. If that is not possible, the senior police officer shall appoint two witnesses who shall not be from his or her department or the tax authority.

The tax-authority officials referred to in I may be assisted by other tax-authority officials who have been accredited in the same conditions as the inspectors.

The accredited tax officials, the occupier of the premises or his or her representative and the senior police officer are the only persons authorised to see the evidence and documents before their seizure.

The senior police officer shall ensure that there is no breach of professional confidence and that the rights of the defence are complied with in accordance with the provisions of the third sub-paragraph of Article 56 of the Code of Criminal Procedure. Article 58 of that Code shall be applicable.

IV. A record stating how the operation was organised and how it proceeded and recording any findings shall be compiled forthwith by the tax-authority officials. An inventory of the evidence and documents seized shall be appended to it. The record and the inventory shall be signed by the tax-authority officials, a senior police officer and the persons mentioned in the first sub-paragraph of III. Any refusal to sign them shall be noted in the record.

Should it prove impractical to take an inventory on site, the evidence and documents seized shall be placed under seal. The occupier of the premises or his or her representative shall be informed that he or she may be present when the seals are broken in the presence of the senior police officer. The inventory shall be taken at that time.

V. The originals of the record and the inventory shall be sent to the judge who issued the search warrant as soon as they have been compiled. A copy of those documents shall be provided to the occupier of the premises or his or her representative.

...”

Article 202 of the New Code of Civil Procedure provides:

“A witness statement shall contain an account of the facts which the maker has witnessed or has personally observed.

It shall state the surname, first names, date and place of birth, home address and occupation of its maker and, if relevant, any relationship by birth or by marriage to the parties, and whether the maker is in the service or employment of or has a community of interest with any of the parties.

It shall also contain a statement that it has been made with a view to its being used in evidence and that its maker is aware that false testimony will render him or her liable to prosecution.

The statement shall be written, dated and signed by its maker in his or her own hand. The maker of the statement shall append to it an original or photocopy of any official document establishing his or her identity and containing his or her signature.”

The trial court may, however, declare witness statements that do not comply with these requirements admissible in evidence and in such cases it will be for the trial court to “decide in its unfettered discretion whether a witness statement that does not comply with the requirements of Article 202 affords guarantees sufficient to satisfy it” (Court of Cassation, Civil Division, 29 April 1981, Civil Bulletin I, no. 143; Court of Cassation, Civil Division, 23 January 1985, Civil Bulletin II, no. 20).

## COMPLAINT

The applicant complained under Article 8 of the Convention about the circumstances in which the searches of the residential premises, and in particular his home, had been ordered.

He argued that the requirement of proportionality between the prevention of tax fraud and respect for individual freedom and the inviolability of the home had not been complied with. In his submission, the order of the judge delegated by the President of the Paris *tribunal de grande instance* was based on two items of evidence – an anonymous statement and a letter from an informant that did not qualify as witness statements having evidential value – which were insufficient to create a presumption that a tax offence had been committed and to justify interfering with his right to respect for his individual freedom and home.

## THE LAW

The applicant complained of a violation of Article 8 of the Convention, the relevant parts of which provide:

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

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of ... the economic well-being of the country, for the prevention of ... crime ...”

Relying on *Funke v. France* (judgment of 25 February 1993, Series A no. 256-A), the applicant maintained that Article L 16 B of the Code of Tax Procedure did not in practice afford sufficient safeguards against abuse. In particular, he submitted that the supervisory role of both the judge who issued the warrant for residential premises to be searched and the Court of Cassation (which was limited to hearing appeals on points of law) was inadequate, since the decision on whether or not to issue a warrant was taken without adversarial process.

The applicant contended that the judge had failed in the instant case to examine the tax authority’s application or the evidence tendered in support thoroughly. He contested the significance of the judge’s factual findings, arguing that B.’s statement had not been written out by hand and did not contain any indication that it had been made with a view to its being used in evidence or that its maker was aware that a false statement would render her liable to prosecution. The applicant also maintained that certain assertions made in the statement had been contradicted by other official documents in the case file. In his submission, such a statement, which therefore did not comply with the

requirements of Article 202 of the New Code of Civil Procedure and was corroborated only by a statement by an anonymous informant, could not constitute sufficient evidence to justify a warrant for a search of residential premises being issued. It followed that the judge had not established the existence of presumptions of tax fraud, which alone could have justified his issuing search warrants interfering with the applicant's right to respect for his individual freedom and home.

The first issue to be considered is whether the applicant is a "victim" within the meaning of Article 34 of the Convention. In that connection, the Court reiterates, firstly, that under its case-law the term "home" may extend to a professional person's office (see *Niemietz v. Germany*, judgment of 16 December 1992, Series A no. 251-B, p. 34, § 30), and that a search of an individual's domicile constitutes an interference with the right to respect for the home, within the meaning of Article 8 of the Convention, even if the premises also serve as the head office of a company controlled by the person concerned (see *Chappell v. the United Kingdom*, judgment of 30 March 1989, Series A no. 152-A). The applicant's claim to qualify as a "victim" of an interference with his right to respect for his home within the meaning of Article 8 of the Convention was therefore well-founded in so far as it concerned his own home, which he used both professionally and privately.

The Court must now consider whether the applicant may claim to be a "victim" in his own right as regards the searches of the residential premises used by the companies that were under his direct or indirect control at the material time. The Court observes that, in *Agrotexim and Others v. Greece* (judgment of 24 October 1995, Series A no. 330-A), it imposed limitations on the ability of company shareholders, in particular majority shareholders, to claim that they had been victims of measures affecting the company. However, the Court does not consider it necessary to decide that issue in the present case, as it considers that the entire complaint is in any event manifestly ill-founded.

The Court finds that the search of the applicant's premises amounted to an interference with his right to respect for his private life and his home, as guaranteed by Article 8 § 1 of the Convention. Accordingly, it must determine whether that interference satisfied the conditions set out in Article 8 § 2 of the Convention.

The Court notes firstly that the interference was "in accordance with the law", since the search warrant was issued in accordance with Article L 16 B of the Code of Tax Procedure.

The Court further finds that the measure in issue was taken in the interests of the economic well-being of the country and the prevention of crime, both of which are "legitimate aims" within the meaning of Article 8 § 2 of the Convention.

As to whether the interference was necessary, the Court reiterates that the notion of necessity implies that the interference corresponds to a pressing social need and, in particular, that it is proportionate to the legitimate aim pursued. In determining whether an interference is “necessary in a democratic society” or whether there has been a breach of a positive obligation, the Court will take into account that a margin of appreciation is left to the Contracting States (see, among many other authorities, *W. v. the United Kingdom*, judgment of 8 July 1987, Series A no. 121, p. 27, § 60 (b) and (d)). However, the Court’s review is not limited to ascertaining whether the respondent State exercised its discretion reasonably, carefully and in good faith. In exercising its supervisory jurisdiction, the Court must consider the impugned decisions in the light of the case as a whole and determine whether the reasons adduced to justify the interference at issue are “relevant and sufficient” (see, among other authorities, *mutatis mutandis*, *Lingens v. Austria*, judgment of 8 July 1986, Series A no. 103, pp. 25-26, § 40).

With specific regard to house searches, the Court has recognised that while States “may consider it necessary to have recourse to measures such as house searches and seizures in order to obtain physical evidence of ... offences and, where appropriate, to prosecute those responsible[, n]evertheless, the relevant legislation and practice must afford adequate and effective safeguards against abuse” (see *Funke, Crémieux and Mialhe (no. 1) v. France*, judgments of 25 February 1993, Series A nos. 256-A, B and C, pp. 24-25, § 56, p. 62, § 39, and pp. 89-90, § 37, respectively).

In the present case the Court observes that the judicial authorities considered a search of the applicant’s home necessary to enable evidence confirming fraud by the applicant to be obtained. In that connection, it notes that the decision of the judge delegated by the President of the Paris *tribunal de grande instance* that presumptions existed justifying the search of the residential premises was not based solely on the letter signed by B. and the anonymous statement obtained by the tax-authority officials. It was also based on various items of evidence (such as the article that appeared in *Le Monde*, the fact that an unlisted company registration number had been used, and the tax-authority complaint of tax fraud by one of the applicant’s companies) that had come to light during the authorities’ investigations and which enabled the information that had been obtained to be confirmed and most of the details provided by B. and the person who had been seen by the tax-authority officials to be matched up. The Court finds that, in the light of its margin of appreciation, the judicial authority was entitled to consider that a search of residential premises was necessary to enable evidence of the alleged offence to be obtained. It finds that the reasons given for issuing the search warrant, namely to enable documentary evidence in both paper and electronic

form relating to the presumed fraud to be seized, were relevant and sufficient.

As regards the conditions in which the searches took place, the Court points out that it was previously called upon to decide like issues in *Funke*, *Crémieux* and *Mialhe (no. 1)*, cited above. In those cases it found that the authorities had very wide powers under the applicable legislation and were not required to obtain a prior judicial warrant or subject to any judicial supervision when searches were carried out, while even the presence of a senior police officer was not always made mandatory. In *Funke* (p. 25, § 57) it found that owing, above all, to the lack of a judicial warrant, “the restrictions and conditions provided for in law ... appear[ed] too lax and full of loopholes for the interferences with the applicant’s rights to have been strictly proportionate to the legitimate aim pursued” and held that there had been a violation of Article 8 of the Convention.

However, the position in this applicant’s case was different. The Court observes, firstly, that Article L 16 B of the Code of Tax Procedure establishes a number of safeguards: the authority must obtain a judicial warrant which is issued by the judge after verification of the evidence lodged in support of the application; furthermore, the entire search and seizure procedure has been placed under the authority and supervision of a judge, who appoints a senior police officer to be present during the search and to report back to him or her, and who may at any time attend the premises in person and order the search to be suspended or halted. There is nothing in the case file to suggest that that procedure was not fully complied with when the warrant was executed.

In that connection, the Court notes that in the present case the judge made a reasoned order setting out the matters of fact and law which in his view raised a presumption that fraudulent acts had been committed for which it was necessary to seek evidence. The judge supervised the proceedings in their entirety: he appointed the members of the judicial committee that carried out the search, namely sixteen inspectors from the National Head Office for Tax Investigations, the Revenue Department and the National and International Tax Audit Department, assisted by ten controllers, and eight senior police officers with territorial jurisdiction, who were responsible for ensuring compliance with the rights of the defence and for keeping the judge informed of developments. The judge included in the order special instructions requiring, *inter alia*, his permission to be obtained were it to prove necessary to search any other premises discovered to be relevant during the course of the operation. He also stipulated that any problems in executing the warrant were to be brought to his attention, that his express permission was required to open any safe-deposit box at a financial institution believed to be in the name of the person occupying the premises and that a copy of the order was to be served on the occupier or his or her representative.

Accordingly, having regard to the strict rules governing the issue of warrants for searches of residential premises and the fact that the search of the applicant's home was conducted in accordance with those rules, the Court finds that the interference with the applicant's right to respect for his private life and his home was proportionate to the legitimate aims pursued and therefore "necessary in a democratic society", within the meaning of Article 8 § 2 of the Convention (see, *mutatis mutandis*, *F.P. and Others v. France*, nos. 33009/96 to 33013/96, Commission decision of 10 September 1997, unreported; see also *Banco de finanzas e inversiones S.A. v. Spain*, (dec.), no. 36876/97, 27 April 1999).

It follows that the application must accordingly be dismissed as being manifestly ill-founded, pursuant to Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention.

For these reasons, the Court unanimously,  
*Declares* the application inadmissible.





UNISON v. THE UNITED KINGDOM  
(*Application no. 53574/99*)

THIRD SECTION<sup>1</sup>

DECISION OF 10 JANUARY 2002<sup>2</sup>

---

1. Sitting as a Chamber composed of Mr G. Ress, *President*, Mr I. Cabral Barreto, Sir Nicolas Bratza, Mr L. Caflisch, Mr R. Türmen, Mr B. Zupančič, Mrs H.S. Grevc, *judges*, and Mr V. Berger, *Section Registrar*.

2. English original.



SUMMARY<sup>1</sup>**Prohibition of strike organised by trade union****Article 11**

*Freedom of association – Prohibition of strike organised by trade union – Trade union – Protection by trade union of occupational interests of its members – Strike – Restriction on ability of trade union to protect occupational interests of its members – Protection of the rights of others – Necessary in a democratic society – Policy of privatisation – Margin of appreciation – Examination of effect of prohibition of strike on trade union’s ability to protect interests of its members*

\*  
\* \*

The applicant is a trade union for public-service employees. In 1998 University College London Hospitals (UCLH) was negotiating to transfer part or parts of its business to private companies which were to erect and run a new hospital for it. The taking over of this activity by private companies involved most of the employees of UCLH being transferred to these companies. The applicant union tried to obtain from UCLH an assurance that the private companies would offer to the transferred employees the same protection and rights as those existing for UCLH personnel, but UCLH refused to accede to this request. The applicant union called a strike but the High Court, on an application by UCLH, issued an injunction prohibiting the strike. The appeal lodged by the applicant union was unsuccessful, the Court of Appeal noting, *inter alia*, that the dispute related to future terms and conditions with an unidentified future employer which was not as such covered by the relevant legislation relating to strikes. Leave to appeal to the House of Lords was refused.

*Held*

Article 11: While Article 11 includes trade union freedom as a specific aspect of freedom of association, it does not secure any particular treatment of trade union members by the State. There is no express inclusion of a right to strike or an obligation on employers to engage in collective bargaining. At most, Article 11 may be regarded as safeguarding the freedom of trade unions to protect the occupational interests of their members. While the ability to strike represents one of the most important of the means by which trade unions can fulfil this function, there are others. Furthermore, Contracting States are left with a choice of means as to how the freedom of trade unions ought to be safeguarded. In the present case, the proposed strike had to be regarded as concerning the occupational interests of the applicant’s members in the sense covered by Article 11 and the prohibition of the strike had to be regarded as a restriction on

---

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

the applicant's power to protect those interests. There had therefore been a restriction on freedom of association. It was not disputed that the measure was prescribed by law. As to the legitimate aim pursued by the measure, the employer UCLH could claim that its ability to carry out its functions effectively, including the securing of contracts with other bodies, might be adversely affected by the actions of the applicant and accordingly the measures taken to prevent the strike concerned the rights of others, namely those of UCLH. The necessity of the measure remained to be determined. As regards the applicant's argument that a new employer would be able to give notice of dismissal while offering new contracts on less advantageous terms, the transferee company could face actions for unfair dismissal by any employee threatened with such a measure. As regards the argument that a transferee company would be able to repudiate any existing recognition of the applicant or existing collective agreements, since any employer has the ability, in appropriate circumstances, to de-recognise a union or repudiate a collective agreement which has not been made legally enforceable, this appeared to be a risk faced by all trade unions and their members under the legal framework in force. Furthermore, it appeared that under recent legislation the applicant could, provided certain conditions were complied with, compel an employer to recognise it for the purposes of collective bargaining. While the applicant strongly objected to the government's policy whereby public bodies were encouraged to buy services from, or contract out functions to, private companies, it was not for the Court to determine whether this method of providing services was a desirable or damaging policy. The applicant remained able to take strike action if UCLH took any step itself to dismiss employees or change their contracts prior to the transfer and it could seek to take strike action against any transferee company that in the future threatened the employment of its members or to de-recognise the applicant. The fact that this might involve individual strike action against a number of different companies in the future did not mean that it was deprived of the possibility of effective action in the future. As regards the argument that the applicant's interests in protecting its members ought to weigh more heavily than UCLH's economic interest, the impact of the restriction on the applicant's ability to take strike action had not been shown to place its members at any real or immediate risk of detriment or of being left defenceless against future attempts to downgrade pay or conditions. When, and if, its members were transferred, it could continue to act on their behalf as a recognised union and negotiate with the new employer in ongoing collective bargaining machinery. However, it could not claim under the Convention a requirement that an employer enter into, or remain in, any particular collective bargaining arrangement or accede to its requests on behalf of its members. Therefore, the respondent State had not exceeded the margin of appreciation accorded to it in regulating trade union action and the prohibition on the applicant's ability to strike could be considered as a proportionate measure and necessary in a democratic society for the protection of the rights of others: manifestly ill-founded.

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

*Schmidt and Dahlström v. Sweden*, judgment of 6 February 1976, Series A no. 21

...

## THE FACTS

The applicant [UNISON] is a trade union, with its registered address in London. It was represented before the Court by Mr J. Clinch, the applicant's legal officer.

### A. The circumstances of the case

The facts of the case, as submitted by the parties, may be summarised as follows.

The applicant is a union for public-service employees. It has members employed with University College London Hospitals (UCLH), which is a National Health Service (NHS) Trust. A substantial proportion of its members at UCLH are employed on terms and conditions of employment negotiated, primarily, at a national level and the applicant plays a leading role in those national negotiations. Collective negotiations on terms and conditions for most staff employed within the NHS take place within the framework of the so-called "Whitley Councils". There is a General Council which agrees terms and conditions common to all staff groups, for example, on redundancy, equal opportunities, maternity rights and joint consultation machinery and ten other specialist Councils dealing with particular jobs or professions. Each Council is composed of an equal number of employer-side staff and staff-side employees. The applicant, *inter alia*, provides the employee-side secretariat of the General Whitley Council which means that it plays the leading role in coordinating staff-side policy within the General Council negotiations and in representing employees at those negotiations.

During 1998 UCLH was negotiating to transfer a part or parts of its business to a transferee consortium of private companies, under a mechanism known as Private Finance Initiative, whereby the private companies would erect and run for UCLH a new hospital (the "primary transfer"). The consortium would subsequently transfer parts of the business transferred to it by UCLH to other private transferee companies (secondary transfers). Thereafter, there would be yet further transfers to private companies (tertiary and subsequent transfers). At all stages there was to be subcontracting out of parts of the work by transferee companies to specialist companies. The primary transfer and secondary transfers would involve most but not all the employees of UCLH being transferred to one or more of the transferee companies.

The applicant sought protection of its members for the terms and conditions of employment and collective bargaining arrangements,

aiming to secure a collective agreement with UCLH by which the latter would impose on the transferees terms that would guarantee for thirty years that the terms and conditions of employment and the collective bargaining arrangements of those who would be employed by the primary and subsequent transferees would remain the same as or equivalent to those which would remain for existing employees who were not transferred from UCLH. UCLH refused the request or to offer any protection of existing terms and conditions beyond those guaranteed as a minimum by law.

The applicant put a question to its members in the statutorily required pre-strike ballot, asking whether they were prepared to take industrial action in support of the trade union's demands for a guarantee. The ballot paper stated:

"The union has requested a guarantee that the terms, conditions and benefits enjoyed by UCLH staff to be transferred to the new employer, and also staff subsequently employed and subcontracted staff, remain the same (or at least as favourable as), and governed by the same collective bargaining arrangement as NHS, UCLH Trust staff. The UCLH Trust has not agreed to give this guarantee by making it part of the contract with the new employers or by making it part of individual contracts of employment. The union is therefore in dispute with the UCLH NHS Trust.

Are you prepared to take strike action in support of the request for the guarantee described above?"

On 2 September 1998 it was announced that members had voted overwhelmingly to take strike action. The applicant called for the strike to take place on 21 September 1998.

On 7 September 1998 UCLH brought proceedings applying for an injunction to prevent the strike taking place.

On 17 September 1998 the High Court ordered interlocutory injunctive relief in favour of UCLH, finding that the strike did not attract the protection of section 219 of the Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992 ("the 1992 Act").

On 13 October 1998 the Court of Appeal dismissed the applicant's appeal, upheld the injunction and ordered costs against the applicant. It refused leave to appeal to the House of Lords. In its judgment, as summarised by the applicant, it was found:

(i) that there was no dispute wholly or mainly related to current terms and conditions but instead a dispute about future terms and conditions with an unidentified future employer (section 244 of the 1992 Act did not extend to such a dispute);

(ii) that the inclusion of future employees and subcontracted employees in the demand for protection took the dispute outside section 244 of the 1992 Act;

(iii) that even if the dispute was mainly about statutorily permitted matters and between statutorily permitted parties, the ballot paper

before the strike must be restricted wholly to statutorily permitted issues to be valid.

In his judgment in the Court of Appeal, Lord Woolf MR noted that the applicant's counsel had accepted that the arrangement which the applicant had sought to achieve would have been difficult to enforce in any event, although he considered that the applicant could claim that the guarantee could have been of benefit to its members. While counsel had also conceded that any strike of hospital staff would, regrettably, have had an impact on persons being treated in the hospital, he held that the possible adverse consequences of a strike was not relevant to the court's decision on the legal issue before it.

On 26 April 1999 the House of Lords rejected the applicant's petition for leave to appeal.

The applicant withdrew the strike call to avoid acting unlawfully and being found liable for damages.

## **B. Relevant domestic law and practice**

### *1. Legislation relating to strikes*

A strike by employees involves breaches of their respective contracts of employment. The calling or supporting of a strike by a trade union involves the trade union in committing the tort of inducing the breach of contracts of the employees concerned. Section 219 of the 1992 Act confers protection where the defendant is acting "in contemplation or furtherance of a trade dispute". Statutory protection is lost and the trade union is necessarily acting unlawfully if the strike it calls is in contemplation or furtherance of something which does not fall within the statutory definition of a "trade dispute".

The term "trade dispute" is defined by section 244 of the 1992 Act which provides as relevant:

"(1) In this Part, 'trade dispute' means a dispute between workers and their employer which relates wholly or mainly to one or more of the following –

(a) terms and conditions of employment or the physical conditions in which any workers are required to work;

(b) engagement or non-engagement, or termination or suspension of employment or the duties of employment, of one or more workers;

(c) the allocation of work or the duties or employment between workers or groups of workers;

(d) matters of discipline;

(e) a worker's membership or non-membership of a trade union;

(f) facilities for officials of trade unions; and

(g) machinery for negotiation or consultation, and other procedures, relating to any of the above matters, including the recognition by employers or employers' associations of the right of a trade union to represent workers in any such negotiation or consultation or in the carrying out of procedures."

## 2. *The Transfer of Undertakings Regulations (TUPE)*

Under the Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 1981 (SI 1081/1974), protection is provided to workers on (most) transfers of undertakings (these regulations implemented Council Directive no. 77/187/EEC).

By regulation 5, a contract of employment of employees employed in an undertaking immediately before a relevant transfer is saved from automatic termination and "shall have effect after the transfer as if originally made between the person so employed and the transferee". All rights, powers, duties and liabilities of the transferor are deemed to pass to the transferee (regulation 5(2)(a)), hence the transferee comes under an obligation to respect the terms and conditions of employment which have been agreed by the transferor. By virtue of regulation 5, employees whose contractual terms prior to transfer are expressly subject to collective negotiation, will continue to be subject to that collective negotiation following transfer, even if their new employer is not party to those negotiations (for example, *Whent and Others v. T. Cartledge Ltd* [1997] Industrial Relations Law Reports 153 (Employment Appeals Tribunal)).

According to regulation 6 TUPE, the effect of any collective agreement made between a transferor employer and a trade union is preserved, and the agreement treated as if it had been made between the trade union and the new transferee employer. Recognition of a trade union by a transferor, whether for collective bargaining purposes or otherwise also binds a transferee where the undertaking transferred maintains an identity distinct from the remainder of the transferee's undertaking (regulation 9).

According to regulation 8(1) TUPE, an employee who is dismissed because of a transfer or for a reason connected with it is deemed to have been unfairly dismissed, giving an automatic guaranteed claim for compensation and/or reinstatement or re-engagement under section 94 of the Employment Rights Act 1996 (ERA). This is subject to the exception where the employee has been dismissed for "an economic, technical or organisational reason entailing changes in the work force" in which case the dismissal is not automatically unfair – regulation 8(2). Such dismissal may nevertheless be found unfair by an employment tribunal applying the ordinary principles set out in section 98 ERA. A dismissal may occur at the instigation of an employer or where an employee resigns having apprehended that there is to be, or has been, a fundamental breach of contract by the employer or a substantial change of



working conditions to his detriment (for example, *Rossiter v. Pendragon PLC* [2001] Industrial Relations Law Reports 256).

A proposal by an employer to effect a transfer also gives rise to an obligation to consult “appropriate representatives” of affected employees about, *inter alia*, the date of the transfer and the reasons for it, its legal, economic and social implications for affected employees, and the measures, if any, which will be taken by the transferor and/or transferee employers in relation to those employees (regulation 10(2)). The appropriate representatives include representatives of a recognised trade union.

### 3. *General employment provisions relating to changes of terms and conditions in employment*

Any reduction in wages paid by an employer must, with certain limited exceptions, be agreed in writing. If there is no written agreement, the employee will have a claim to the employment tribunal for unlawful deduction of wages under sections 13-23 ERA.

Any reduction in wages or downgrading in other terms or conditions which is not agreed will give rise to a claim for breach of contract of employment in the ordinary courts, or, if employment has ended, in the ordinary courts or in the employment tribunal.

If an employee is dismissed for failing to agree to a change in contractual terms and conditions, he may bring a claim for unfair dismissal under section 94 ERA. A claim for unfair dismissal may also be brought by an employee who resigns following a significant change to contractual terms and conditions (section 95(1)(c) ERA). An employee dissatisfied with changes to terms and conditions may remain in his job and claim unfair dismissal, seeking compensation for the financial shortfall between the new terms and former terms of employment.

### 4. *Recognition of trade unions for collective bargaining*

According to TUPE, recognition of trade union and collective agreements would automatically transfer to transferee employers (regulations 6 and 9). Where following transfer a transferee company wishes to terminate recognition of a trade union, domestic law provides a mechanism whereby such employers may be compelled to engage in collective bargaining on certain matters.

Section 1 of the Employment Relations Act 1999 adds a new Schedule 1A to the 1992 Act, under which employers and trade unions are encouraged to agree upon recognition for collective bargaining and upon the consequences which should flow from recognition. In the absence of agreement, unions may, in certain circumstances, apply to the Central Arbitration Committee in order to secure compulsory recognition for the purposes of collective bargaining on pay, working hours and

holidays. Certain conditions must be met if compulsory recognition is to be ordered, principally that the trade union can claim a minimum level of support amongst the workers it wishes to represent in collective bargaining (paragraphs 22 and 29(3) of the Schedule) and that no other trade union is already recognised as representing any of those workers (paragraph 35). The Schedule came into force on 6 June 2000.

## COMPLAINTS

1. The applicant complained under Article 11 of the Convention that the effect of the judgment of the Court of Appeal was that there can never be statutory protection (and hence freedom) for industrial action proposed or taken in contemplation or furtherance of a dispute in which the union and workers seek the protection of terms and conditions of employment after the transfer of a business or part of a business from an existing to a new employer.

2. The applicant relied on Article 13 of the Convention, claiming that it had been deprived of any effective remedy in relation to the failure of the United Kingdom to secure to the applicant and its members the right guaranteed under Article 11.

## THE LAW

1. The applicant complained that its right to strike had been subjected to unjustified restriction, relying on Article 11 of the Convention which provides:

“1. Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and to freedom of association with others, including the right to form and to join trade unions for the protection of his interests.

2. No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals or for the protection of the rights and freedoms of others. This Article shall not prevent the imposition of lawful restrictions on the exercise of these rights by members of the armed forces, of the police or of the administration of the State.”

### *1. The parties' submissions*

#### **(a) The Government**

The Government submitted that the industrial action which was prohibited by the Court of Appeal did not engage Article 11 because it was not directed at the protection by the applicant of the interests of

its members. It did not relate to a “trade dispute” concerned with the protection of the occupational interests of its members as it was primarily directed at as yet unidentified individuals who might be employed by future transferee companies.

In any event Article 11 did not confer on a union any right to strike but only a freedom to protect the occupational interests of its members and Contracting States had a choice of means as to how that freedom ought to be safeguarded. As domestic law permitted and provided for means other than strike action for the applicant to protect the occupational interests of its members, there could be no breach of Article 11. In particular, the applicant was recognised by UCLH for the purposes of collective bargaining and representation of its members and that recognition was likely to transfer to any transferee employee according to regulation 9 TUPE and could, in any event, be claimed as a legal right under Schedule 1A of the 1992 Act (recognition for collective bargaining) and section 10 of the Employment Relations Act 1999 (participation at disciplinary and grievance hearings); the applicant played a direct and leading role in the negotiation of national terms and conditions of employment, on which many of its members at UCLH were employed, and under TUPE those terms would continue to bind a transferee company in so far as they were incorporated into the contracts of employment of individual employees; according to regulation 10 TUPE the applicant had a formal right to be heard prior to a transfer of staff and on many measures to be taken consequent upon the transfer in relation to its members by UCLH or a future transferee employer. These means would enable the applicant to bring significant influence to bear in respect of its apparent concern at the threat of downgrading by future transferee employers of the contractual terms and conditions of their employees. Furthermore, in the event that a future transferee employer sought to vary contractual terms and conditions, the applicant could provide legal advice and representation in any legal claims; it could continue to play an active role in political issues of concern to its members and provide a wide range of other services, including advice on health, safety, insurance and finance.

To the extent that any right to strike was contained to Article 11, this was not unlimited but subject to regulation. The approach by the Court of Appeal in interpreting domestic law constituted mere regulation of the right to strike rather than any deprivation of that right, as the applicant could exercise a right to strike against UCLH concerning terms of employment of its current employees and a right to strike against any future transferee employer if it threatened to downgrade contractual terms and conditions.

Finally, even assuming that there was any interference with any right to strike, this would be justified in pursuit of the aim of protecting the rights and freedoms of others, namely employers and those members of the

public affected by strike action, and was proportionate as the restriction was of limited ambit affecting only disputes over future hypothetical scenarios, the law provided significant protections to ensure that the UCLH and future employers did not downgrade terms and conditions, there were a range of other means by which the applicant could advance its members' interests and the broad guarantee sought by the applicant would have been of little practical effect given the difficulties of enforcing it against a future transferee employer. The Government also submitted that they had a wide margin of appreciation when striking the balance between rights of employees to take industrial action and the rights of employers and the public who suffered as a result.

**(b) The applicant**

The applicant argued that the right to strike was an element inherent in Article 11 of the Convention as a right “indispensable for the effective enjoyment of trade union freedom”, referring, *inter alia*, to the practice of the International Labour Office and resolutions and opinions issued by organs of the Council of Europe. It was inconceivable that trade unions could effectively carry out their primary function of protecting the interests of their members unless those members had the right to strike, albeit subject to permissible limitations. The applicant did not claim an unlimited right to strike or that it was a means of being heard which must be available in all circumstances. For example, the right to strike could be substituted by a substantially equivalent power such as the right to require the employer to be bound by a national collective agreement, or to submit to a binding arbitration. However, the right to make a plea to an employer was not of substantially comparable persuasive effect to the power of strike action and could not be a sufficient alternative.

The applicant rejected the Government's argument that trade union protection can be limited to protecting the interests of current union members. In any event, the applicant was acting at the behest of its current members employed by UCLH primarily to protect them, as it would be they who would suffer on transfer if their terms and conditions were downgraded or when they lost their voice in the collective bargaining machinery or when the employer ceased to recognise their union. Similarly, the current members would be threatened when transferee employers brought in new staff on worse terms and conditions and sought to apply such terms and conditions to all. It was incorrect of the Government to assert that the protection of its current members was found by the domestic courts to be a very subsidiary motivation.

The applicant also disputed that there were other effective means to protect its members' interests in this matter. The fact that the

applicant was recognised by UCLH was irrelevant since UCLH refused to agree or negotiate; the fact that the recognition would transfer with workers to the new employers was worthless as the new employer could refuse to negotiate and was entitled under law to terminate the recognition at any time; the applicant's right to accompany members at disciplinary and grievance hearings was not relevant to issues of collective bargaining machinery and protection of their terms of contract; and only UCLH through its contracts had the legal power to insist that future employers accept the guarantees required by the applicant. The right to be consulted prior to transfer was of minimal importance since UCLH refused to negotiate on the point in issue, while the applicant's role in political campaigning did not help in protecting its members against a particular employer. While it was accepted that the applicant could exert some influence in the future to prevent downgrading of terms and conditions, the degree of this influence depended on the good will of employers or the threat of industrial action by employees. However, the applicant was denied the right to trade union activity by way of a strike against the one target and at the one time which could achieve the protection of the members' interests sought.

Furthermore, the prohibition on strike action constituted an effective deprivation of the right and not mere regulation. There was no evidence that the aim of the prohibition was to protect the employers or public, as it was a consequence of the interpretation of domestic law and not the purpose of the law in question, or the lawmakers. The prohibition was also disproportionate as it prevented the applicant from pursuing the protection for which it was prepared to strike. Future terms and conditions and collective bargaining coverage was of great significance to poorly paid public health workers and UCLH could have easily conceded the request but refused to do so, presumably from a desire not to discourage future transferees by offering contracts which gave employees protection.

## *2. The Court's assessment*

The Court notes that while Article 11 § 1 includes trade union freedom as a specific aspect of freedom of association this provision does not secure any particular treatment of trade union members by the State. There is no express inclusion of a right to strike or an obligation on employers to engage in collective bargaining. At most, Article 11 may be regarded as safeguarding the freedom of trade unions to protect the occupational interests of their members. While the ability to strike represents one of the most important of the means by which trade unions can fulfil this function, there are others. Furthermore Contracting States are left a choice of means as to how the freedom of trade unions ought to be

safeguarded (see *Schmidt and Dahlström v. Sweden*, judgment of 6 February 1976, Series A no. 21, pp. 15-16, §§ 34-36).

In the present case, the applicant trade union submits that the decision of the Court of Appeal prohibiting the strike against UCLH was a disproportionate interference with its right, under Article 11, to take effective action to protect its members' interests in light of the proposed transfer of part of the UCLH's functions to private companies. The Government dispute that Article 11 comes into play at all, considering that the strike did not relate to the occupational interests of the applicant trade union's members as it concerned protection of yet unidentified individuals to be employed by yet unidentified transferee companies. The Court observes that this was the approach taken by the domestic courts in applying the applicable legislation concerning "trade disputes". This is not a decisive consideration for the purposes of Article 11 of the Convention. It notes that UCLH was proposing to transfer part of its functions to private-sector companies and that, potentially, members of the applicant trade union would be affected by these transfers. Even if the guarantees sought by the applicant extend to protect hypothetical future employees, it appears that they would have provided its existing members with an additional protection, however slight or difficult to enforce, against any measures taken by a future transferee company which might affect their pay and conditions. The Court of Appeal considered that the guarantee if obtained by the union could have been of benefit to its members. The proposed strike must be regarded therefore as concerning the occupational interests of the applicant's members in the sense covered by Article 11 of the Convention.

The Court further considers that the prohibition of the strike must be regarded as a restriction on the applicant's power to protect those interests and therefore discloses a restriction on the freedom of association guaranteed under the first paragraph of Article 11. It will examine below whether this restriction was in compliance with the requirements of Article 11 § 2 of the Convention, namely whether it was "prescribed by law", pursued one or more legitimate aims under paragraph 2 and was "necessary in a democratic society" for the achievement of those aims.

It is not disputed that the measure, imposed by the Court of Appeal in application of domestic law, was "prescribed by law".

The applicant does dispute that it pursued any legitimate aim, considering that the measure was a consequence, not intended by Parliament, of the interpretation of domestic law adopted by the courts. The Government submitted that the measure pursued the aims of protecting the rights of others, namely the employer UCLH and the members of the public which would have been affected by any strike. To this, the applicant replied that the protection of the economic interest of

UCLH in maintaining its freedom of contract with transferee companies was hardly a weighty consideration and that there was no evidence about any possible impact on the public of the strike. The Court observes that the Court of Appeal had ruled that the latter element was irrelevant to the legal issues in the case. The importance of the former element is however a matter to be taken into account in assessing the proportionality of the restriction. The Court is satisfied that the employer UCLH could claim that its ability to carry out its functions effectively, including the securing of contracts with other bodies, might be adversely affected by the actions of the applicant and accordingly the measures taken to prevent the strike may be regarded as concerning the “rights of others”, namely those of UCLH.

The necessity of the measure remains to be determined. The applicant argues that the Government are wrong to claim that their members’ interests are adequately safeguarded by employment provisions and that it enjoys other means of protecting those interests. It points, *inter alia*, to the fact that although on transfer the employees’ wages and conditions are maintained under TUPE this does not prevent a new employer giving notice of dismissal while offering new contracts on less advantageous terms and that, to the extent that a transferee company is bound by any existing recognition of the applicant or existing collective agreements, the transferee company would be able to repudiate them. As regards the former possibility, the Court notes that the transferee company would nonetheless face actions for unfair dismissal by any employee threatened with such a measure. As regards the latter, it appears that any employer, including UCLH, has the ability, in appropriate circumstances, to de-recognise a union or repudiate a collective agreement which has not been made legally enforceable. This therefore appears to be a risk that faces all trade unions and their members under the current legal framework. It does not derive *per se* from UCLH’s alleged intransigence. Furthermore it appears that under legislation recently entering into force (Schedule 1A to the 1992 Act), the applicant could, if enjoying sufficient support from the work force and where other relevant conditions were complied with, compel an employer to recognise it for the purposes of collective bargaining.

The Court notes that the applicant objects strongly to the method, known as the Private Finance Initiative, which public bodies are encouraged by the government to use in buying services from, or contracting out functions to, private companies. It is regarded as a way of providing public services at a lower cost and, the applicant argues, the principal saving inevitably derives from the private sector’s policies of forcing wage cuts and reductions in the work force. The Court understands that employees faced with transfer from a public service to the private sector feel vulnerable and under threat. It is not for this Court however to determine whether this method of providing services is a

desirable or damaging policy. It notes that the applicant trade union remains able to take strike action if the UCLH takes any step itself to dismiss employees or change their contracts prior to the transfer and that it could seek to take strike action against any transferee company that in the future threatened the employment of its members or to de-recognise the applicant. While the applicant points out that this might involve individual strike action against a number of different companies in the future, as opposed to one large hospital trust before the transfers commenced, the Court is not persuaded that this means that it is thereby deprived of the possibility of effective action in the future.

As regards the argument that the applicant's interests in protecting its members must weigh more heavily than the UCLH's economic interest, the Court considers that the impact of the restriction on the applicant's ability to take strike action has not been shown to place its members at any real or immediate risk of detriment or of being left defenceless against future attempts to downgrade pay or conditions. When, and if, its members are transferred, it may continue to act on their behalf as a recognised union and negotiate with the new employer in ongoing collective bargaining machinery. What it cannot claim under the Convention is a requirement that an employer enter into, or remain in, any particular collective bargaining arrangement or accede to its requests on behalf of its members. The Court therefore does not find that the respondent State has exceeded the margin of appreciation accorded to it in regulating trade union action.

In these circumstances, the prohibition on the applicant's ability to strike can be regarded as a proportionate measure and "necessary in a democratic society" for the protection of the rights of others, namely UCLH.

It follows that this part of the application is manifestly ill-founded and must be rejected pursuant to Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention.

2. The applicant complained, in its original application, of a lack of an effective remedy for the removal of its right to strike, relying 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."

The Government submitted that the applicant could not claim an "arguable" breach of the Convention for the purposes of this provision. In any event, the matter could be, and was, determined by the domestic courts. The fact that the Court of Appeal ruled against the applicant was not significant since Article 13 did not lay down for Contracting States any given manner for ensuring within their internal law the effective implementation of any of the provisions of the Convention.



The applicant made no further comment in its observations in reply.

In light of the applicant's lack of response to the Government's submissions, the Court finds that no issue arises requiring further examination.

For these reasons, the Court unanimously

*Declares* the application inadmissible.



UNISON c. ROYAUME-UNI  
(Requête n° 53574/99)

TROISIÈME SECTION<sup>1</sup>

DÉCISION DU 10 JANVIER 2002<sup>2</sup>

---

1. Siégeant en une chambre composée de M. G. Ress, *président*, M. I. Cabral Barreto, Sir Nicolas Bratza, M. L. Callisch, M. R. Türmen, M. B. Zupančič, M<sup>me</sup> H.S. Greve, *juges*, et de M. V. Berger, *greffier de section*.

2. Traduction; original anglais.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Interdiction d'une grève organisée par un syndicat****Article 11**

*Liberté d'association – Interdiction d'une grève organisée par un syndicat – Syndicat – Protection par un syndicat des intérêts professionnels de ses membres – Grève – Limitation au pouvoir d'un syndicat de protéger les intérêts professionnels de ses membres – Protection des droits d'autrui – Nécessaire dans une société démocratique – Politique de privatisation – Marge d'appréciation – Examen de l'effet de l'interdiction d'une grève sur le pouvoir d'un syndicat de protéger les intérêts professionnels de ses membres*

\*  
\* \* \*

Le requérant est un syndicat de fonctionnaires. Au cours de l'année 1998, l'UCLH (University College London Hospitals – hôpitaux universitaires de Londres) s'engagea dans des négociations en vue de transférer certains pans de son activité à des sociétés privées qui devaient construire et gérer pour son compte un nouvel hôpital. Ces transferts d'activité à des sociétés privées impliquaient le rattachement de la plupart des employés de l'UCLH aux sociétés cessionnaires. Le requérant chercha à obtenir de l'UCLH l'assurance que ces dernières offriraient aux personnes concernées une protection et des droits identiques à ceux des salariés de l'UCLH, mais ce dernier refusa d'accéder à la demande. Le syndicat requérant appela à la grève mais la *High Court*, saisie par l'UCLH, prit une ordonnance interdisant la grève. La Cour d'appel débouta le syndicat requérant, relevant notamment que le conflit portait sur des conditions de travail futures avec un employeur futur non identifié, et n'était pas en tant que tel couvert par la législation applicable en matière de grèves. Le syndicat requérant se vit refuser l'autorisation de saisir la Chambre des lords.

Article 11 : si l'article 11 comprend la liberté syndicale comme un aspect particulier de la liberté d'association, cette disposition n'assure pas aux membres des syndicats un traitement précis de la part de l'Etat. Il ne consacre pas expressément le droit de grève ou l'obligation pour les employeurs d'engager des négociations collectives. Tout au plus l'article 11 peut-il être considéré comme garantissant la liberté des syndicats de protéger les intérêts professionnels de leurs membres. L'octroi du droit de grève représente sans nul doute l'un des plus importants d'entre eux, mais il y en a d'autres. De surcroît, les Etats contractants ont le choix des moyens à employer pour garantir la liberté syndicale. En l'espèce, il y a lieu de considérer que la grève envisagée touchait aux intérêts professionnels des membres du syndicat requérant au sens de l'article 11, et l'interdiction de la grève doit passer pour une limitation au pouvoir de celui-ci de protéger ces intérêts. En conséquence, il y a eu restriction à la liberté d'association. Il n'est pas contesté que la mesure était prévue par la loi. Quant au but légitime qu'elle poursuivait, l'employeur, à savoir l'UCLH, pouvait soutenir

---

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

que son aptitude à s'acquitter efficacement de ses fonctions, y compris sa capacité à passer des contrats avec d'autres organismes, risquait d'être compromise par les actions du requérant et, de ce fait, les mesures prises pour empêcher la grève concernaient les «droits d'autrui», en l'occurrence ceux de l'UCLH. Reste à déterminer la nécessité de la mesure. Quant à l'argument du requérant selon lequel rien n'empêcherait un nouvel employeur de lancer des préavis de licenciement tout en offrant de nouveaux contrats à des conditions moins avantageuses, le cessionnaire devrait alors faire face à des actions pour licenciement abusif engagées par les salariés menacés d'une telle mesure. Concernant l'argument selon lequel tout cessionnaire pourrait révoquer les accords actuels de reconnaissance du syndicat requérant ou les conventions collectives existantes, tout employeur a la faculté, si les circonstances s'y prêtent, de révoquer sa déclaration de reconnaissance d'un syndicat ou de dénoncer une convention collective qui n'a pas force contraignante. Il semble donc qu'il s'agisse d'un risque auquel tous les syndicats et leurs adhérents doivent faire face dans le cadre juridique actuel. Par ailleurs, il apparaît qu'en vertu d'une législation récente le requérant pourrait, sous réserve que certaines conditions soient remplies, contraindre un employeur à le reconnaître pour les besoins d'une négociation collective. Si le requérant s'oppose fermement à la politique du gouvernement par laquelle celui-ci tente d'inciter les organismes publics à acheter les services de sociétés privées ou à leur sous-traiter certaines fonctions, il n'appartient pas à la Cour de déterminer si le choix de cette méthode pour offrir des services constitue une politique souhaitable ou dommageable. Le syndicat requérant demeure en mesure de recourir à la grève si l'UCLH lui-même entreprend de licencier des salariés ou de modifier leurs contrats de travail avant le transfert, et il peut tenter d'appeler à la grève contre tout cessionnaire qui, à l'avenir, menacerait l'emploi de ses membres ou refuserait de le reconnaître. Le fait que cela puisse aboutir à l'avenir à des grèves dirigées contre plusieurs sociétés différentes ne signifie pas que le syndicat requérant soit de ce fait privé de la possibilité de mener des actions efficaces dans le futur. Quant à l'argument selon lequel l'intérêt du requérant à protéger ses membres devrait peser plus lourd que les intérêts économiques de l'UCLH, il n'a pas été démontré que l'impact de la restriction apportée à la capacité du requérant d'appeler à la grève ait entraîné pour ses adhérents un risque réel ou immédiat de subir un préjudice, ou les laisse sans défense devant des tentatives futures visant à dégrader leurs conditions de rémunération et de travail. Si, le cas échéant, certains de ses membres faisaient l'objet d'un transfert, le requérant pourrait continuer à agir pour leur compte en sa qualité de syndicat reconnu et traiter avec le nouvel employeur dans le cadre du mécanisme de négociation collective en vigueur. Il ne peut en revanche revendiquer sur le fondement de la Convention l'obligation pour un employeur de souscrire à un accord collectif particulier, de demeurer dans le cadre d'un tel accord, ou d'accéder aux demandes qu'il formule pour le compte de ses adhérents. Dès lors, l'Etat défendeur n'a pas outrepassé sa marge d'appréciation en réglementant les actions des syndicats, et l'interdiction faite au requérant de recourir à la grève peut être considérée comme une mesure proportionnée et nécessaire dans une société démocratique à la protection des droits d'autrui : défaut manifeste de fondement.

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

*Schmidt et Dahlström c. Suède*, arrêt du 6 février 1976, série A n° 21

(...)

## EN FAIT

Le requérant [UNISON] est un syndicat ayant son siège à Londres. Devant la Cour, il est représenté par M. J. Clinch, son conseiller juridique.

### A. Les circonstances de l'espèce

Les faits de la cause, tels qu'ils ont été exposés par les parties, peuvent se résumer comme suit.

Le requérant est un syndicat de fonctionnaires. Certains de ses membres sont employés par les hôpitaux universitaires de Londres (University College London Hospitals – UCLH), regroupés dans un trust géré par le National Health Service – NHS. Une part importante de ses adhérents qui travaillent pour l'UCLH sont employés selon des conditions de travail résultant pour l'essentiel de négociations nationales, dans lesquelles le requérant a joué un rôle de premier plan. Les négociations collectives relatives aux conditions de travail de la majeure partie du personnel ainsi employé au sein du NHS se déroulent dans le cadre des «conseils Whitley». Il existe un conseil général qui définit les conditions de travail communes à toutes les catégories de personnel – concernant, par exemple, les modalités de licenciement, les questions d'égalité des chances, les droits relatifs à la maternité et le mécanisme de consultation paritaire – ainsi que dix autres conseils spécialisés s'occupant de métiers ou de secteurs particuliers. Chaque conseil se compose d'un nombre égal de représentants des employeurs et de représentants des salariés. Le syndicat requérant assure notamment le secrétariat du conseil général Whitley pour les salariés, ce qui signifie qu'il joue un rôle de premier plan quant à la coordination de la politique suivie par les salariés et la représentation de ceux-ci dans le cadre des négociations du conseil général.

Au cours de l'année 1998, l'UCLH s'engagea dans des négociations en vue de transférer certains pans de son activité à un consortium de sociétés privées en recourant au mécanisme d'«initiative de financement privé» (*Private Finance Initiative*), en vertu duquel les sociétés privées en question devaient construire et gérer pour le compte de l'UCLH un nouvel hôpital (transfert primaire). Le consortium devait par la suite transférer des parties de l'activité que lui avait déléguée l'UCLH à d'autres sociétés cessionnaires (transferts secondaires). Par la suite, d'autres tâches devaient encore être transférées à des sociétés privées (transferts tertiaires et ultérieurs). A tous les stades, les cessionnaires devaient soustraire des parties de leur activité à des sociétés spécialisées. Le transfert

primaire et les transferts secondaires concernaient la plupart, mais pas l'ensemble, des employés de l'UCLH, qui devaient être rattachés à l'une ou plusieurs des sociétés cessionnaires.

Le requérant chercha à protéger ses membres quant aux conditions de travail et aux dispositions des conventions collectives, en tentant de parvenir à un accord collectif avec l'UCLH par lequel celui-ci aurait exigé des sociétés cessionnaires qu'elles garantissent pendant trente ans que les conditions de travail et les dispositions des conventions collectives concernant les personnes qui seraient employées par lesdites sociétés cessionnaires dans le cadre du transfert primaire et des transferts ultérieurs demeurent identiques ou comparables à celles des salariés en place qui devaient rester au sein de l'UCLH. L'UCLH refusa d'accéder à la demande ou d'assurer la protection des conditions d'emploi existantes au-delà des garanties minimales prévues par la loi.

Dans le scrutin préalable à la grève exigé par la loi, le requérant demanda à ses membres s'ils étaient disposés à faire grève pour soutenir les demandes du syndicat. Il fallait répondre à la question suivante :

«Le syndicat a tenté d'obtenir l'assurance que les conditions et avantages dont bénéficie le personnel de l'UCLH soient imposés au nouvel employeur, et a également demandé que les personnes ultérieurement embauchées et celles employées par les sous-traitants jouissent des mêmes conditions (ou au moins de conditions aussi favorables), et relèvent des mêmes dispositions collectives que le personnel de l'UCLH et du NHS. L'UCLH n'a pas accepté de donner cette assurance en l'intégrant dans le contrat passé avec les nouveaux employeurs ou dans les contrats de travail individuels. Le syndicat est donc en conflit avec l'UCLH NHS Trust.

Etes-vous disposés à vous mettre en grève pour soutenir la demande décrite ci-dessus?»

Le 2 septembre 1998, le syndicat annonça que ses membres avaient voté à une écrasante majorité en faveur de la grève. Il émit donc un préavis de grève pour le 21 septembre 1998.

Le 7 septembre 1998, l'UCLH engagea une procédure visant à obtenir une ordonnance interdisant la grève.

Le 17 septembre 1998, la *High Court* prit une ordonnance provisoire en faveur de l'UCLH, estimant que la grève ne relevait pas de l'article 219 de la loi de synthèse de 1992 sur les syndicats et les relations du travail (*Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992* – «la loi de 1992»).

Le 13 octobre 1998, la Cour d'appel (*Court of Appeal*) débouta le requérant, confirma l'ordonnance et mit les frais et dépens à la charge du syndicat. Elle refusa à celui-ci l'autorisation de saisir la Chambre des lords. Dans son arrêt, tel que résumé par le requérant, elle estima :

i. qu'il ne s'agissait pas d'un litige se rapportant exclusivement ou principalement aux conditions de travail actuelles, mais plutôt d'un conflit concernant des conditions de travail futures avec un employeur



futur non identifié (l'article 244 de la loi de 1992 ne s'étendait pas à un tel conflit) ;

ii. que la volonté d'intégrer de futurs salariés et des salariés des entreprises de sous-traitance dans l'exigence de protection faisait sortir le litige du cadre de l'article 244 de la loi de 1992 ;

iii. que, même si le conflit portait principalement sur des questions relevant de la loi entre des parties relevant de la loi, le contenu du scrutin préalable à la grève, pour être valable, devait porter exclusivement sur des questions relevant de la loi.

Dans son arrêt rendu au nom de la Cour d'appel, Lord Woolf, *Master of the Rolls*, releva que l'avocat du requérant avait admis que l'assurance que le syndicat avait tenté d'obtenir aurait été en toute hypothèse difficile à mettre en œuvre, mais estima que son client pouvait prétendre que l'assurance dont il s'agit aurait bénéficié à ses adhérents. Tout en reconnaissant également qu'une grève du personnel hospitalier aurait des conséquences regrettables pour les personnes soignées à l'hôpital, l'avocat avait déclaré que les éventuelles conséquences néfastes d'une grève ne devaient pas être prises en compte dans la décision de la Cour sur la question de droit dont elle était saisie.

Le 26 avril 1999, la Chambre des lords refusa au requérant l'autorisation de la saisir.

Celui-ci retira son préavis de grève pour éviter de contrevenir à la loi et d'être condamné à payer des dommages-intérêts.

## **B. Le droit et la pratique internes pertinents**

### *1. Législation relative à la grève*

Toute grève de salariés suppose une rupture de leur contrat de travail. Le fait pour un syndicat d'organiser ou de soutenir une grève entraîne qu'il se rend coupable du délit civil d'incitation à la rupture des contrats des salariés concernés. L'article 219 de la loi de 1992 protège le défendeur dans la mesure où il agit « en prévision ou dans le cadre d'un conflit du travail ». La protection légale est perdue et le syndicat agit forcément de manière illicite s'il appelle à la grève en prévision ou dans le cadre d'une situation qui ne relève pas de la définition légale d'un « conflit du travail ».

L'expression « conflit du travail » est définie par l'article 244 de la loi de 1992, dont les passages pertinents se lisent ainsi :

« 1. Dans le présent chapitre, on entend par « conflit du travail » un litige entre des salariés et leur employeur qui se rapporte exclusivement ou principalement à l'une ou plusieurs des questions suivantes –

a) les conditions de travail ou les conditions matérielles dans lesquelles tous les salariés sont amenés à travailler ;

- b) le recrutement ou le non-recrutement d'un ou de plusieurs salariés, ou le fait de mettre un terme définitivement ou temporairement aux fonctions ou aux tâches d'un ou de plusieurs salariés;
- c) la répartition du travail ou des tâches entre des salariés ou groupes de salariés;
- d) les questions de discipline;
- e) l'appartenance ou la non-appartenance d'un salarié à un syndicat;
- f) les aménagements dont bénéficient les permanents des syndicats; et
- g) le mécanisme de négociation ou de consultation ainsi que les autres procédures concernant l'une ou l'autre des questions énumérées ci-dessus, y compris la reconnaissance par les employeurs ou les organisations d'employeurs du droit d'un syndicat de représenter les salariés dans toute procédure de négociation ou de consultation ou dans le déroulement d'instances judiciaires.»

## 2. *Règlement sur les transferts d'entreprise (the Transfer of Undertakings Regulations – «TUPE»)*

En vertu du règlement de 1981 sur la protection de l'emploi dans le cadre des transferts d'entreprise (*the Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 1981 – SI 1081/1974*), les salariés bénéficient d'une protection dans le cadre des transferts d'entreprise (ou, du moins, de la plupart d'entre eux) – ce règlement met en œuvre la directive n° 77/187/CEE du Conseil européen.

Aux termes de l'article 5, le contrat de travail d'un salarié employé dans une entreprise immédiatement avant un transfert relevant du TUPE n'est pas automatiquement rompu et «continue à déployer ses effets après le transfert comme s'il avait été contracté à l'origine par le salarié et le cessionnaire». L'ensemble des droits, pouvoirs, obligations et responsabilités du cédant sont réputés être transférés au cessionnaire (article 5 § 2 a)); ainsi, le cessionnaire contracte l'obligation de respecter les conditions de travail qui ont été consenties par le cédant. En application de l'article 5, les salariés dont les conditions contractuelles avant le transfert sont expressément soumises à un processus de négociations collectives continueront d'en relever après le transfert, même si leur nouvel employeur n'est pas partie à ces négociations (voir, par exemple, *Whent and Others v. T. Cartledge Ltd, Industrial Relations Law Reports*, 1997, p. 153 – *Employment Appeals Tribunal*).

Conformément à l'article 6 du TUPE, l'effet de toute convention collective entre un employeur cédant et un syndicat est préservé et la convention est réputée avoir été passée par le syndicat et le nouvel employeur cessionnaire. La reconnaissance d'un syndicat par un cédant, que ce soit dans le cadre d'une négociation collective ou à d'autres fins, lie également le cessionnaire même lorsque l'activité objet du transfert garde une identité distincte par rapport au reste des activités du cessionnaire (article 9).

Selon l'article 8 § 1 du TUPE, un salarié renvoyé en raison d'un transfert ou pour un motif lié à ce transfert est réputé avoir été victime d'un licenciement abusif, ce qui lui garantit automatiquement un droit à réparation et/ou à réintégration en vertu de l'article 94 de la loi de 1996 sur les droits afférents aux relations de travail (*Employment Rights Act 1996* – ERA). Cette règle admet une exception lorsque le salarié a été licencié pour «des raisons économiques, techniques ou d'organisation entraînant des modifications des effectifs», auquel cas le licenciement n'est pas forcément abusif (article 8 § 2), mais peut être jugé comme tel par un tribunal du travail en application des principes ordinaires exposés à l'article 98 de l'ERA. Un licenciement peut survenir à l'initiative d'un employeur, ou lorsqu'un salarié démissionne au motif qu'il va y avoir ou qu'il y a déjà une rupture fondamentale du contrat du fait de l'employeur ou une modification substantielle des conditions de travail à son détriment (voir, par exemple, *Rossiter v. Pendragon PLC*, *Industrial Relations Law Reports*, 2001, p. 256).

La proposition d'un employeur de procéder à un transfert donne également lieu à une obligation de consulter «les représentants habilités» des salariés concernés sur, notamment, la date du transfert, ses motifs, ses implications juridiques, économiques et sociales pour les salariés concernés, et les mesures qui, le cas échéant, doivent être prises par le cédant et/ou les cessionnaires quant à leurs salariés (article 10 § 2). Par représentants habilités, on entend, entre autres, les représentants d'un syndicat reconnu.

### *3. Dispositions générales du droit du travail régissant les modifications des conditions de travail*

Toute réduction opérée sur les salaires payés par un employeur doit, sauf certaines exceptions limitées, faire l'objet d'un accord écrit. Dans le cas contraire, le salarié a le droit de saisir le tribunal du travail pour déduction illégale de salaire en vertu des articles 13 à 23 de l'ERA.

Toute baisse de rémunération ou toute dégradation d'autres conditions de travail qui ne font pas l'objet d'un accord peuvent donner lieu à une action pour rupture du contrat de travail devant les juridictions ordinaires ou, si la relation de travail a cessé, devant les juridictions ordinaires ou devant le tribunal du travail.

Lorsqu'un salarié est renvoyé parce qu'il a refusé d'accepter une modification des conditions fixées par son contrat de travail, il peut engager une action pour licenciement abusif conformément à l'article 94 de l'ERA. Pareille action peut également être intentée par un salarié qui démissionne à la suite d'une modification importante de son contrat de travail (article 95 § 1 c) de l'ERA). Un employé qui n'est pas satisfait des changements apportés à ses conditions de travail peut garder son emploi

et engager une action pour licenciement abusif, et demander réparation pour la perte de revenus occasionnée par ses nouvelles conditions de travail par rapport aux anciennes.

4. *Reconnaissance du droit des syndicats de participer à des négociations collectives*

En application du TUPE, la reconnaissance des accords syndicaux et des conventions collectives est automatiquement transférée aux entreprises cessionnaires (articles 6 et 9). Lorsque, à la suite d'un transfert, les cessionnaires souhaitent mettre fin à la reconnaissance d'un syndicat, le droit interne prévoit un mécanisme par lequel ces employeurs peuvent être contraints à engager une négociation collective sur certaines questions.

L'article 1 de la loi de 1999 sur les relations de travail (*Employment Relations Act 1999*) ajoute une nouvelle annexe 1A à la loi de 1992, dans laquelle les employeurs et les syndicats sont incités à trouver un accord sur la reconnaissance de ces derniers pour les besoins des négociations collectives et sur les conséquences qui doivent en découler. En l'absence d'accord, un syndicat peut, dans certaines circonstances, saisir la commission centrale d'arbitrage (*Central Arbitration Committee*) pour que celle-ci lui garantisse la reconnaissance obligatoire aux fins des négociations collectives sur les salaires, la durée du travail et les congés payés. Certaines conditions doivent être remplies pour que la reconnaissance obligatoire d'un syndicat soit ordonnée: il faut principalement que le syndicat puisse revendiquer un degré minimum de soutien parmi les salariés qu'il prétend représenter dans les négociations collectives (articles 22 et 29 § 3 de l'annexe) et que la qualité de représentant des mêmes salariés ne soit reconnue à aucun autre syndicat (article 35). L'annexe est entrée en vigueur le 6 juin 2000.

## GRIEFS

1. Le requérant se plaint en vertu de l'article 11 de la Convention que l'arrêt de la Cour d'appel a eu pour effet de supprimer à jamais la protection légale (et donc la liberté) de toute action de défense des intérêts professionnels envisagée ou mise en œuvre pour engager ou poursuivre un litige dans le cadre duquel le syndicat et les salariés cherchent à protéger leurs conditions de travail après le transfert de tout ou partie d'une entreprise d'un employeur existant à un nouvel employeur.

2. Sous l'angle de l'article 13 de la Convention, le requérant allègue avoir été privé de tout recours effectif pour faire valoir que le Royaume-Uni a failli à garantir à lui-même et à ses membres le droit consacré par l'article 11.

## EN DROIT

1. Le requérant se plaint que son droit de grève a subi une restriction injustifiée. Il invoque l'article 11 de la Convention, ainsi libellé :

« 1. Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts.

2. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat. »

### *1. Arguments des parties*

#### **a) Le Gouvernement**

Selon le Gouvernement, la grève interdite par la Cour d'appel ne relève pas de l'article 11 car le requérant, par cette action, ne visait pas à assurer la protection des intérêts de ses membres. Elle n'avait pas pour objet un « conflit du travail » concernant la protection des intérêts professionnels de ses adhérents, puisqu'elle visait essentiellement des personnes dont l'identité n'était pas encore connue pouvant éventuellement être employées par les futurs cessionnaires.

Quoi qu'il en soit, l'article 11 confère à un syndicat non pas un droit de grève, mais seulement la liberté de protéger les intérêts professionnels de ses adhérents, et les Etats contractants peuvent choisir les moyens par lesquels cette liberté doit être garantie. Puisque le droit interne autorise et prévoit d'autres moyens que la grève permettant au requérant de protéger les intérêts professionnels de ses membres, il ne peut y avoir aucune atteinte à l'article 11. En particulier, l'UCLH reconnaît au requérant le droit de participer aux négociations collectives et de représenter ses adhérents, et cette reconnaissance est susceptible d'être transférée à tout salarié du cessionnaire en application de l'article 9 du TUPE, et peut, en toute hypothèse, être revendiquée comme un droit légal en vertu de l'annexe 1A à la loi de 1992 (reconnaissance à des fins de négociation collective) et de l'article 10 de la loi de 1999 sur les relations de travail (participation à des audiences disciplinaires et contentieuses) ; le requérant joue un rôle direct et prédominant dans la négociation au niveau national des conditions de travail, qui s'appliquent à de nombreux membres de l'UCLH, et, conformément au TUPE, ces conditions restent contraignantes pour tout cessionnaire dans la mesure où elles sont intégrées dans le contrat de travail de chaque salarié ; en vertu de l'article 10 du TUPE, le syndicat

dispose d'un droit formel d'être entendu avant tout transfert de personnel et sur de nombreuses mesures concernant ses membres devant être prises à la suite du transfert par l'UCLH comme par tout employeur cessionnaire. Ces moyens permettraient au requérant de faire valoir de façon déterminante sa préoccupation apparente devant la menace de dégradation par les futurs cessionnaires des conditions de travail contractuelles de leurs salariés. En outre, dans l'hypothèse où un tel employeur cessionnaire chercherait à modifier les modalités contractuelles, le requérant pourrait apporter aux salariés des conseils juridiques et les représenter dans le cadre de toute action judiciaire ; il peut continuer de jouer un rôle actif dans les questions politiques présentant un intérêt pour ses membres et apporter un large éventail d'autres services, notamment des conseils en matière de santé, de sécurité, d'assurance et de finances.

Pour autant que l'article 11 consacre un droit de grève, celui-ci n'est pas illimité mais soumis à réglementation. L'interprétation par la Cour d'appel du droit interne vise simplement à réglementer le droit de grève et non à le supprimer, puisque le requérant peut exercer ce droit à l'encontre de l'UCLH relativement aux conditions de travail de ses salariés actuels, et à l'encontre de tout futur cessionnaire qui menacerait de dégrader les modalités d'emploi contractuelles.

Enfin, à supposer qu'il y ait eu ingérence dans l'exercice du droit de grève, celle-ci se justifiait pour atteindre le but de protéger les droits et libertés d'autrui – à savoir les employeurs et les membres du public concernés par le mouvement de grève – et était proportionnée : en effet, la restriction a une portée limitée et ne concerne que des litiges relatifs à des scénarios futurs et hypothétiques, la loi prévoit d'importantes garanties pour assurer que l'UCLH et les futurs employeurs ne portent pas atteinte aux conditions de travail, il existe toute une gamme d'autres moyens par lesquels le requérant pourrait faire valoir les intérêts de ses membres, et l'assurance très large qu'il cherchait à obtenir aurait eu peu de conséquences en pratique, eu égard aux difficultés pour la mettre en œuvre à l'encontre d'un futur cessionnaire. Le Gouvernement allègue également qu'il jouit d'une ample marge d'appréciation s'agissant de mettre en balance le droit des salariés de faire grève et les droits des employeurs et du public qui la subissent.

#### **b) Le requérant**

Le requérant allègue que le droit de grève est un élément inhérent à l'article 11 de la Convention car il s'agit d'un droit « indispensable à l'exercice efficace de la liberté syndicale » ; il invoque notamment la pratique du Bureau international du travail et les résolutions et avis émis par les organes du Conseil de l'Europe. Il est inconcevable que des syndicats puissent exercer de manière effective leur fonction première de

protection des intérêts de leurs membres si ceux-ci n'ont pas le droit de grève, même si ce droit peut faire l'objet de restrictions autorisées. Le requérant ne revendique pas un droit de grève illimité, ni ne prétend qu'il s'agit d'un moyen de se faire entendre qui doit être accessible en toutes circonstances. Par exemple, le droit de grève peut être remplacé par un pouvoir équivalent en substance, tel que le droit d'exiger que l'employeur soit lié par une convention collective nationale ou soit tenu de se plier à une procédure d'arbitrage obligatoire. Cependant, le droit de présenter une demande à un employeur n'a pas un effet persuasif comparable en substance au pouvoir de faire grève et ne saurait constituer une solution de remplacement satisfaisante.

Le requérant réfute l'argument du Gouvernement selon lequel la protection syndicale se limite à préserver les intérêts des membres actuels du syndicat. En toute hypothèse, ce dernier agit à l'instigation des adhérents actuels employés par l'UCLH en vue, avant tout, de les protéger, puisque ce sont eux qui seraient lésés par le transfert si leurs conditions de travail se dégradaient, s'ils perdaient le droit de s'exprimer dans le cadre des négociations collectives, ou si l'employeur cessait de reconnaître leur syndicat. De même, les membres actuels seraient menacés si les cessionnaires recrutaient de nouveaux salariés à de moins bonnes conditions et cherchaient à appliquer ces nouvelles modalités à l'ensemble du personnel. Il est inexact de la part du Gouvernement d'affirmer que les tribunaux internes ont jugé que la protection des membres actuels du syndicat représentait une motivation très accessoire.

Le requérant conteste également l'existence en l'espèce d'autres moyens effectifs de protéger les intérêts de ses membres. Sa reconnaissance par l'UCLH ne change rien, puisque ce dernier a refusé tout accord ou toute négociation; le fait que cette reconnaissance serait transférée en même temps que les salariés aux nouveaux employeurs n'a aucune valeur, puisque tous les cessionnaires peuvent refuser de négocier et sont en droit, en vertu de la loi, de mettre fin à cette reconnaissance à tout moment; le droit du requérant d'assister ses adhérents lors d'audiences disciplinaires et contentieuses ne s'applique pas aux questions relevant des négociations collectives et de la protection des modalités contractuelles; et seul l'UCLH, dans les contrats auxquels il est partie, a le pouvoir légal d'inviter les futurs employeurs à accepter les garanties exigées par le requérant. Le droit de ce dernier à être consulté avant le transfert revêt une importance minimale puisque l'UCLH a refusé de négocier sur le point en litige, et que le poids politique du requérant ne lui a pas permis de protéger ses membres contre un employeur particulier. Certes, il est admis que le requérant pourrait exercer quelque influence à l'avenir pour éviter la dégradation des conditions de travail, mais le degré de cette influence dépend du bon vouloir des employeurs ou de la menace d'une grève des salariés. Or le requérant s'est vu dénier le droit d'exercer

son activité syndicale en déclenchant une grève contre la cible et au moment choisis par lui en vue d'assurer la protection voulue des intérêts de ses membres.

En outre, l'interdiction de tout mouvement de grève constitue une privation effective, et non une simple réglementation, du droit de grève. Rien ne démontre que le but de cette mesure était de protéger les employeurs ou le public, puisque c'était une conséquence de l'interprétation du droit interne et non l'intention de la loi en question ou du législateur. L'interdiction est également disproportionnée puisqu'elle empêche le requérant d'assurer la protection pour laquelle il était disposé à faire grève. Les conditions de travail futures et le rattachement aux conventions collectives revêtent une grande importance pour les salariés du secteur de la santé publique, dont les salaires sont bas, et l'UCLH aurait pu aisément accéder à la requête mais a refusé de le faire, probablement parce qu'il ne souhaitait pas dissuader les futurs employeurs d'offrir des contrats protecteurs à leurs salariés.

## 2. *Appréciation de la Cour*

La Cour rappelle que si l'article 11 § 1 comprend la liberté syndicale comme un aspect particulier de la liberté d'association, cette disposition n'assure pas aux membres des syndicats un traitement précis de la part de l'Etat. Il ne consacre pas expressément le droit de grève ou l'obligation pour les employeurs d'engager des négociations collectives. Tout au plus l'article 11 peut-il être considéré comme garantissant la liberté des syndicats de protéger les intérêts professionnels de leurs membres. L'octroi du droit de grève représente sans nul doute l'un des plus importants d'entre eux, mais il y en a d'autres. De surcroît, les Etats contractants ont le choix des moyens à employer pour garantir la liberté syndicale (*Schmidt et Dahlström c. Suède*, arrêt du 6 février 1976, série A n° 21, pp. 15-16, §§ 34-36).

En l'espèce, le syndicat requérant allègue que la décision de la Cour d'appel interdisant la grève contre l'UCLH constituait une ingérence disproportionnée dans l'exercice de son droit au regard de l'article 11 de prendre des mesures effectives visant à protéger les intérêts de ses membres dans le contexte du transfert programmé d'une partie des fonctions de l'UCLH à des sociétés privées. Le Gouvernement conteste l'applicabilité même de l'article 11 : selon lui, la grève ne touche pas les intérêts professionnels des membres du syndicat requérant, puisqu'elle concerne la protection d'individus dont l'identité n'est pas encore connue et qui pourraient être employés par des sociétés cessionnaires encore non identifiées. La Cour observe qu'il s'agit là du point de vue des juridictions internes lorsqu'elles ont appliqué la législation pertinente relative aux « conflits du travail », mais ce n'est pas un argument décisif aux fins de l'article 11 de la Convention. Elle constate que l'UCLH se proposait de



transférer une partie de ses fonctions à des sociétés du secteur privé et que des membres du syndicat requérant étaient potentiellement concernés par ces transferts. Même si les garanties recherchées par le requérant s'étendent à la protection d'hypothétiques salariés futurs, il apparaît qu'elles auraient fourni à ses adhérents actuels une protection supplémentaire, aussi mince ou difficile à mettre en œuvre fût-elle, contre les mesures prises par tout futur cessionnaire de nature à porter atteinte à leurs conditions de salaire et de travail. La Cour d'appel a estimé que l'assurance en question, si elle avait été obtenue par le syndicat, aurait pu bénéficier aux adhérents de celui-ci. Il y a donc lieu de considérer que la grève envisagée touchait aux intérêts professionnels des membres du syndicat au sens de l'article 11 de la Convention.

La Cour estime en outre que l'interdiction de la grève doit passer pour une limitation au pouvoir du requérant de protéger ces intérêts, et révèle en conséquence une restriction à la liberté d'association garantie par le premier paragraphe de l'article 11. Elle examinera ci-dessous si cette restriction était conforme aux exigences de l'article 11 § 2 de la Convention, c'est-à-dire si elle était « prévue par la loi », tournée vers un ou plusieurs buts légitimes au regard du paragraphe 2 et « nécessaire dans une société démocratique » pour les atteindre.

Il n'est pas contesté que la mesure, imposée par la Cour d'appel en application du droit interne, était « prévue par la loi ».

Le requérant ne nie pas que cette mesure poursuivait un but légitime, considérant qu'elle était une conséquence, non voulue par le parlement, de l'interprétation du droit interne adoptée par les tribunaux. Selon le Gouvernement, la mesure visait à protéger les droits d'autrui, à savoir ceux de l'employeur – l'UCLH – et des membres du public qui auraient été affectés par une grève. A cela le requérant répond que la protection de l'intérêt économique de l'UCLH à maintenir sa liberté contractuelle vis-à-vis des cessionnaires peut difficilement constituer un argument valable, et qu'il n'existe aucun élément démontrant un impact éventuel de la grève sur le public. La Cour rappelle que la Cour d'appel a estimé que ce dernier facteur était hors de propos pour les questions juridiques soulevées par l'affaire. L'importance du premier élément est toutefois une question à prendre en compte dans le cadre de l'appréciation de la proportionnalité de la restriction. La Cour est convaincue que l'employeur, à savoir l'UCLH, pouvait soutenir que son aptitude à s'acquitter efficacement de ses fonctions, y compris sa capacité à passer des contrats avec d'autres organismes, risquait d'être compromise par les actions du requérant et, de ce fait, les mesures prises pour empêcher la grève peuvent être considérées comme touchant aux « droits d'autrui », en l'occurrence ceux de l'UCLH.

Il reste à déterminer si la mesure était nécessaire. Le requérant soutient que le Gouvernement n'est pas fondé à prétendre que les

intérêts de ses membres sont suffisamment défendus par les dispositions du droit du travail et que lui-même bénéficie d'autres moyens pour protéger lesdits intérêts. Il souligne notamment que si le TUPE prévoit le maintien des conditions de travail et des salaires des employés lors du transfert, rien n'empêche un nouvel employeur de lancer des préavis de licenciement tout en offrant de nouveaux contrats à des conditions moins avantageuses; en outre, pour autant que les cessionnaires soient liés par les accords actuels de reconnaissance du syndicat requérant ou par les conventions collectives existantes, ils auraient également la possibilité de les révoquer. Quant au premier argument, la Cour relève que le cessionnaire devrait néanmoins faire face à des actions pour licenciement abusif engagées par les salariés menacés d'une telle mesure. Quant au second argument, il apparaît que tout employeur, y compris l'UCLH, a la faculté, si les circonstances s'y prêtent, de révoquer sa déclaration de reconnaissance d'un syndicat ou de dénoncer une convention collective qui n'a pas force contraignante. Dès lors, il semble qu'il s'agisse d'un risque encouru par tous les syndicats et leurs adhérents dans le cadre juridique actuel, et qui ne découle pas en soi de l'intransigeance alléguée de l'UCLH. Par ailleurs, il apparaît qu'en vertu d'une législation récemment entrée en vigueur (l'annexe IA à la loi de 1992), le requérant pourrait, s'il bénéficiait d'un soutien suffisant au sein des salariés et si d'autres conditions pertinentes étaient remplies, contraindre un employeur à le reconnaître pour les besoins d'une négociation collective.

La Cour relève que le requérant s'oppose fermement au mécanisme de l'«initiative de financement privé», par lequel le gouvernement tente d'inciter les organismes publics à acheter les services de sociétés privées ou à leur sous-traiter certaines fonctions. Cette méthode est censée fournir des services publics à un coût moindre et, selon le requérant, la principale économie découle inévitablement des politiques en vigueur dans le secteur privé consistant à imposer des baisses de salaire et à réduire la force de travail. La Cour comprend que les employés qui doivent faire face au transfert d'un service public vers un secteur privé se sentent vulnérables et menacés. Toutefois, il ne lui appartient pas de déterminer si le choix de cette méthode pour offrir des services constitue une politique souhaitable ou dommageable. Elle relève que le syndicat requérant demeure en mesure de recourir à la grève si l'UCLH lui-même entreprend de licencier des salariés ou de modifier leurs contrats de travail avant le transfert, et qu'il peut tenter d'appeler à la grève contre tout cessionnaire qui, à l'avenir, menacerait l'emploi de ses membres ou refuserait de le reconnaître. Certes, le requérant souligne que cela peut aboutir à des grèves dirigées désormais non plus contre un grand trust hospitalier comme tel était le cas avant le début des opérations de transfert, mais contre plusieurs sociétés différentes; cependant, la Cour

n'est pas convaincue que cela signifie que le syndicat requérant est de ce fait privé de la possibilité de mener des actions efficaces dans le futur.

Quant à l'argument selon lequel l'intérêt du requérant à protéger ses membres devrait peser plus lourd que les intérêts économiques de l'UCLH, la Cour estime qu'il n'a pas été démontré que l'impact de la restriction apportée à la capacité du requérant d'appeler à la grève ait entraîné pour ses adhérents un risque réel ou immédiat de subir un préjudice, ou les laisse sans défense devant des tentatives futures visant à dégrader leurs conditions de rémunération et de travail. Si, le cas échéant, certains de ses membres faisaient l'objet d'un transfert, le requérant pourrait continuer à agir pour leur compte en sa qualité de syndicat reconnu et traiter avec le nouvel employeur dans le cadre du mécanisme de négociation collective en vigueur. Il ne peut en revanche revendiquer sur le fondement de la Convention l'obligation pour un employeur de souscrire à un accord collectif particulier, de demeurer dans le cadre d'un tel accord, ou d'accéder aux demandes qu'il formule pour le compte de ses adhérents. Dès lors, la Cour estime que l'Etat défendeur n'a pas outrepassé sa marge d'appréciation en réglementant les actions des syndicats.

Dans ces conditions, l'interdiction faite au requérant de recourir à la grève peut être considérée comme une mesure proportionnée et «nécessaire dans une société démocratique» à la protection des droits d'autrui, à savoir ceux de l'UCLH.

Il s'ensuit que cette partie de la requête est manifestement mal fondée et doit être rejetée en application de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

2. Le requérant dénonçait dans sa requête initiale le défaut de recours effectif pour se plaindre de la suppression de son droit de grève; il invoquait l'article 13 de la Convention, ainsi libellé :

«Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la (...) Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles.»

Selon le Gouvernement, le requérant ne peut revendiquer «de façon défendable» un manquement à la Convention au regard de cette disposition. En toute hypothèse, l'affaire pouvait être et a été tranchée par les juridictions internes. Le fait que la Cour d'appel a rendu une décision défavorable au requérant revêt peu d'importance, puisque l'article 13 ne prescrit pas aux Etats contractants une manière déterminée d'assurer dans leur droit interne l'application effective de toutes les dispositions de la Convention.

Le requérant n'a pas fait d'autres commentaires dans ses observations en réponse.

Considérant que le requérant n'a pas répondu aux observations du Gouvernement, la Cour ne voit à cet égard aucune question appelant un examen plus approfondi de sa part.

Par ces motifs, la Cour, à l'unanimité,

*Déclare* la requête irrecevable.

HERTEL v. SWITZERLAND  
(Application no. 53440/99)

THIRD SECTION<sup>1</sup>

DECISION OF 17 JANUARY 2002<sup>2</sup>

---

1. Sitting as a Chamber composed of Mr G. Ress, *President*, Mr L. Wildhaber, Mr L. Callisch, Mr P. Kūris, Mr R. Türmen, Mr J. Hedigan, Mrs M. Tsatsa-Nikolovska, *judges*, and Mr V. Berger, *Section Registrar*.

2. English original.



SUMMARY<sup>1</sup>**Prohibition on making public statements on dangers to health of microwave ovens, without referring to differences of opinion****Article 10**

*Freedom of expression – Prohibition on making public statements on dangers to health of microwave ovens, without referring to differences of opinion – Interference – Protection of the rights of others – Necessary in a democratic society – Seriousness of interference – Unfair competition*

\*  
\* \* \*

The applicant carried out research into the effects on humans of the consumption of food cooked in microwave ovens and published a study in which he concluded that the effects of such consumption included changes in the blood which appeared comparable to the initial stage of cancer. Subsequently, an article based on the study was published in a journal, together with the study. The article was entitled “Microwave ovens: a health hazard. Irrefutable scientific evidence” and the cover page of the issue depicted the Grim Reaper with a microwave oven. On an application by the Swiss Association of Manufacturers and Suppliers of Household Electrical Appliances (MHEA), the commercial court issued an injunction under the Unfair Competition Act, prohibiting the applicant from making public statements that food cooked in microwave ovens was a danger to health. The injunction was confirmed by the Federal Court on 25 February 1994. On 25 August 1998, the European Court of Human Rights found that the injunction constituted a breach of Article 10 of the Convention. The applicant then applied to the Federal Court for the reopening and annulment of its judgment of February 1994. In a judgment of March 1999 the Federal Court considered that the complete lifting of restrictions was not appropriate and clarified the scope of its earlier judgment, to the effect that the applicant was prohibited only from making statements addressed to the general public in which the dangerous effects of microwaved food were presented as scientifically proved, without mention of current differences of opinion. It also prohibited him from using in publications or public lectures any symbols of death. It added that he was not prevented from taking part in the debate on the effects on health of food cooked in microwave ovens and that he was free to express his views, provided that he did not do so in statements addressed to the general public in such a way as to convey the false impression that they reflected scientifically proved findings.

---

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

*Held*

Article 10: The impugned injunction constituted an interference with the applicant's freedom of expression. In its previous judgment, the Court had found that the injunction was prescribed by law and that it pursued the legitimate aim of protection of the rights of others. It remained to be determined whether the interference was necessary in a democratic society. The applicant's freedom of expression had to be balanced against the need to protect the rights of the members of the MHEA. First, the seriousness of the interference with the applicant's rights had to be considered. The injunction resulting from the Federal Court's judgment of March 1999 no longer prevented the applicant from generally disseminating his views. However, when referring to scientifically proved results in statements to the general public, he would have to make reference to "current differences of opinion". This limitation of the applicant's right was a minor one and it no longer substantially affected his ability to put forward his views in public. While the injunction also prohibited him from using the Grim Reaper as a symbol, since he himself had submitted that he was not responsible for the use of this symbol in the journal, the limitation remained a minor one. As regards the interests of the MHEA, the association had a legitimate interest in having fair competition ensured. It did not appear unreasonable to hold, as the Federal Court did in its judgment of March 1999, that the obligation to refer to current differences of opinion served to prevent inaccurate, misleading or unnecessarily damaging and therefore unfair statements with regard to the competitive position of the MHEA. Having regard to the comparatively minor limitations, to the margin of appreciation left to the domestic authorities in such cases and to the care with which the Federal Court balanced the various interests in its judgment of March 1999, the interference with the applicant's rights was proportionate to the aims pursued and could reasonably be considered necessary in a democratic society: manifestly ill-founded.

**Case-law cited by the Court**

*Hertel v. Switzerland*, judgment of 25 August 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VI



...

## THE FACTS

The applicant, Mr Hans Ulrich Hertel, is a Swiss national with a degree in technical sciences from the Zürich Federal Institute of Technology. He is retired and lives in Wattenwil in the Canton of Berne. Before the Court he was represented by Mr R. Schaller, a lawyer practising in Geneva.

### A. The circumstances of the case

The circumstances of the case, as submitted by the applicant, may be summarised as follows.

#### *1. Application no. 25181/94 and the Court's judgment of 25 August 1998*

The applicant carried out research, together with a technical adviser, at the Lausanne Federal Institute of Technology, on the effects on human beings of the consumption of food prepared in microwave ovens. A research paper dated June 1991, entitled "Comparative study of the effects on human beings of food prepared by conventional means and in microwave ovens", concluded as follows:

"The measurable effects on human beings of food treated with microwaves, as opposed to food not so treated, include changes in the blood which appear to indicate the initial stage of a pathological process such as occurs at the start of a cancerous condition."

Subsequently, in issue no. 19 (January-March 1992) of the quarterly *Journal Franz Weber*, in which the applicant was mentioned as a member of the editorial staff, there appeared an article by René d'Ombresson entitled "Microwave ovens: a health hazard. Irrefutable scientific evidence". The cover page depicted the Grim Reaper (*Sensemänn*) holding out one hand towards a microwave oven. The introductory paragraphs to the article stated, *inter alia*:

"Off to the scrap heap and the rubbish dumps with microwave ovens! The treatment to which they subject food is so pernicious that it causes a change in the blood of whoever eats it and this leads to anaemia and a precancerous condition. These are the findings of a rigorous study carried out by a professor of the *EPLF* [Lausanne Federal Institute of Technology] and an independent researcher, who were determined to answer once and for all the crucial question: are microwave ovens harmful or not? Here is a simplified summary of the study, followed by the study itself for those who are not put off by figures and scientific demonstrations. We were anxious to publish both these, albeit at the risk of repetition, so that the findings should be available to the widest possible public."

On 7 August 1992 the Swiss Association of Manufacturers and Suppliers of Household Electrical Appliances (MHEA) applied to the Commercial Court (*Handelsgericht*) of the Canton of Berne for an injunction under the Unfair Competition Act (UCA – *Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb*), seeking to have Mr Hertel prohibited, on pain of penalties, from stating that food prepared in microwave ovens was a danger to health and led to changes in the blood of those who consumed it, that it caused a pathological disorder and that it presented a pattern that could be seen as the beginning of a carcinogenic process. In a judgment of 19 March 1993 the Commercial Court allowed the application. The injunction was upheld by the Federal Court (*Bundesgericht*) in a judgment dated 25 February 1994 which concluded:

“There can be no question of the UCA’s having been applied in breach of the Federal Constitution or the European Convention. Statutes must, in particular, define fundamental rights and other, conflicting duties of the State so that these two concerns of constitutional law may be taken into consideration to the greatest possible extent ... The smooth operation of competition and economic freedom, freedom of expression, scientific freedom and freedom of the press must be guaranteed as well as possible, but at the same time limited so that the various constitutional objectives may be reconciled in practice. ... Anyone claiming scientific freedom is therefore wholly free to expound his knowledge in the academic sphere but, where competition is concerned, he may not claim to have the truth on his side where the opinion he is putting forward is disputed. An opinion which has not been confirmed scientifically must in particular not be misused as a disguised form of positive or negative advertising of one’s own work or the work of others. In the present case, that is all the more true as the Commercial Court expressly left the applicant free to base his proposition on new scientific findings.

6. The appeal must therefore be dismissed ...”

On 13 September 1994 the applicant lodged an application (no. 25181/94) with the European Commission of Human Rights in which he complained that the ban imposed on him by the Swiss courts under the UCA had infringed Article 10 of the Convention. He also raised complaints under Articles 6 § 1 and 8. On 27 November 1996 the Commission declared the application admissible. In its report of 9 April 1997 it found that there had been a breach of Article 10 and that no separate issue arose under Article 6 § 1 or Article 8 of the Convention.

The case was referred to the Court which, in its judgment of 25 August 1998, considered that the measure was “prescribed by law” and pursued a legitimate aim as required by Article 10 § 2 of the Convention. In respect of the question whether the measure was “necessary in a democratic society” within the meaning of this provision, the Court held, *inter alia*:

“48. The Court observes that the applicant did no more than send a copy of his research paper to the *Journal Franz Weber*. He had nothing to do with the editing of issue no. 19 of that periodical or in the choice of its illustration, of which he became aware only after its publication. That is clear from Mr Weber’s statement of 14 April 1992 ... and was not called into question by either the Commercial Court of the Canton

of Berne or by the Federal Court. Both courts held that the applicant's liability derived from the fact that in sending his paper to the *Journal Franz Weber* he had accepted its being used in a simplified and exaggerated manner – as, given the periodical concerned, it had been foreseeable that it would be – and that, consequently, he had identified himself with the article in issue ...

As regards the content of issue no. 19 relating to microwave ovens, the applicant was thus neither author nor co-author of the title on the cover page ..., the editorial column (attributed to Franz Weber ...) or of pages 3 to 10 (attributed to René d'Ombresson ...). The only parts that can be attributed to him are, with the exception of the titles and subtitles appearing on them, pages 5 to 10, which contain an extract of the research paper ... The Court notes that nowhere is it expressly proposed that microwave ovens be destroyed or boycotted or their use banned and that the applicant did not repeat the statements he made in 1989 and which had been published in issue no. 8 (April/May/June 1989) of the *Journal Franz Weber*. In addition and above all, the applicant's views on the harmful effects on human health of the consumption of food prepared in microwave ovens are expressed in far less categorical terms than the Government intimated; that is to be seen in particular from the repeated use of the conditional mood and the choice of non-affirmative expressions. In that regard, the last lines from the extract, in which the applicant's conclusions from his experiments are summarised, are particularly striking. Thus, although it is stated that the results obtained 'show changes which bear witness to pathogenic disorders', as regards any cancerous effects it is explained that the results present a pattern which 'might' correspond to the beginning of a cancerous development and which 'deserves attention'; likewise, there is no assertion that the consumption of irradiated food is harmful for man as a result of the induction of indirect radiation through food, but merely a suggestion that it 'might' be ...

...

50. It will be seen from the foregoing that Mr Hertel played no part in the choice of the illustration for issue no. 19 of the *Journal Franz Weber*, that those statements that were definitely attributable to him were on the whole qualified and that there is nothing to suggest that they had any substantial impact on the interests of the members of the MHEA. In spite of all that, the Swiss courts prohibited the applicant from stating that food prepared in microwave ovens was a danger to health and led to changes in the blood of those consuming it that indicated a pathological disorder and presented a pattern that could be seen as the beginning of a carcinogenic process, and from using the image of death in association with microwave ovens.

The Court cannot help but note a disparity between that measure and the behaviour it was intended to rectify. That disparity creates an impression of imbalance that is materialised by the scope of the injunction in question. In that regard, although it is true that the injunction applies only to specific statements, it nonetheless remains the case that those statements related to the very substance of the applicant's views. The effect of the injunction was thus partly to censor the applicant's work and substantially to reduce his ability to put forward in public views which have their place in a public debate whose existence cannot be denied. It matters little that his opinion is a minority one and may appear to be devoid of merit since, in a sphere in which it is unlikely that any certainty exists, it would be particularly unreasonable to restrict freedom of expression only to generally accepted ideas.

The fact that the Swiss courts expressly reserved Mr Hertel's freedom to pursue his research does not in any way alter that finding. As to presenting the results outside the

'economic sphere', it is not transparently obvious from the courts' decisions that he was given such a possibility; it may be that the wide scope of the UCA would prevent those reservations being seen as providing a significant reduction in the extent of the interference in question.

Furthermore, if the applicant fails to comply with the injunction he runs the risk of a penalty, which could include imprisonment.

51. In the light of the foregoing, the measure in issue cannot be considered as 'necessary' 'in a democratic society'. Consequently, there has been a violation of Article 10." (see *Hertel v. Switzerland*, judgment of 25 August 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VI, pp. 2330-32)

The Court considered that it was unnecessary to examine the complaints under Articles 6 § 1 and 8 of the Convention. It also held that the Swiss Government was to pay the applicant 40,000 Swiss francs (CHF) for costs and expenses.

## 2. Federal Court's judgment of 2 March 1999

On 20 October 1998 the applicant applied to the Federal Court for its judgment of 25 February 1994 to be reviewed and set aside and reimbursement by the MHEA of his court and legal costs. In a judgment of 2 March 1999 (served on 1 April 1999) the Federal Court held as follows:

"2. The applicant relied on section 139a of the Federal Judiciary Act (FJA – *Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege*). Under this provision, a judgment of the Federal Court or a lower court may be reviewed if the European Court of Human Rights or the Committee of Ministers of the Council of Europe has found a breach of the European Convention on Human Rights and redress is possible only through such a review. The first requirement has clearly been met. The second remains to be considered. It may be regarded as satisfied if and in so far as the judgment of the European Court and the compensation awarded are not sufficient to make good the situation in relation to the Convention (see *Arrêts du Tribunal fédéral suisse (ATF)*, 123 I 283, § 3, pp. 286 et seq.).

3. Under Article 50 of the Convention, the European Court awarded the appellant compensation of CHF 40,000 for the costs incurred in proceedings before the Commercial Court, the Federal Court, the Commission of Human Rights and the European Court. No scope remains for further compensation claims by the applicant in relation to the same proceedings (see *ATF* 123 I 283, § 3b/bb, pp. 287 et seq.). On the contrary, the Court's award constitutes sufficient compensation. Accordingly, the grounds provided for in section 139a clearly do not apply. The applicant's claims for reimbursement of court costs, lawyers' fees and counsel's costs in previous proceedings must be rejected.

4. However, the applicant primarily seeks the lifting of the restrictions imposed on him. The question here, too, is whether and to what extent, with regard to compensation for the breach of the Convention, a modification of the Federal Court's judgment of 25 February 1994 is necessary.

(a) Under Article 10 of the Convention, everyone is entitled to freedom of expression. This right may be restricted only to the extent that it is prescribed by law,

serves a legitimate purpose and is necessary in a democratic society (Article 10 § 2 of the Convention). The European Court regards the UCA ... as a sufficient statutory basis for the restriction imposed on the applicant. It also finds that there is no doubt that the restriction is intended to protect the rights of others and so serves a legitimate purpose. But it concludes that the applicant's freedom of expression has been restricted to a greater extent than is necessary in a democratic society. In this connection, the Court deals thoroughly with the content of issue no. 19 of the *Journal Franz Weber*. It finds that the applicant is responsible, as author or co-author, neither for the title on the front page, nor for Franz Weber's editorial column, nor René d'Ombresson's article on pages 3-10. Nor did the applicant participate in the choice of illustrations. Only the extract from the research paper on pages 5-10 could be attributed to him, not including the title and sub-titles. Nowhere in this extract was it expressly suggested that microwave ovens should be banned, destroyed or boycotted. In particular, the applicant's view that the consumption of food prepared in microwave ovens is harmful to human health was much more moderately expressed than the Swiss authorities assumed. This impression was conveyed by the repeated use of the subjunctive and the choice of non-affirmative language. In this respect, the last lines of the extract, drawing conclusions, were particularly enlightening: the tests showed 'changes which bore witness to pathogenic disorders'; but they showed a pattern which 'might' reflect the beginning of a carcinogenic process and 'deserved attention'. Similarly, it was not stated that the consumption of irradiated food was harmful to human beings by subjecting them to indirect radiation, but merely surmised that this 'might' be the case. Nor did the European Court find any evidence that the applicant's statements in issue no. 19 of the *Journal Franz Weber* had substantially impaired the interests of the respondent's members.

Having regard to these circumstances, the European Court concludes that the extent of the restrictions imposed by the Swiss courts is disproportionate to the behaviour they were intended to rectify. The restrictions had the effect of partially censoring the applicant's work and severely limiting his opportunity for publicly defending a point of view which had its place in the current debate. The fact that it was a minority view and apparently lacking in any rational foundation mattered little. In an area where there was no certain proof, it was particularly exceptionable to restrict freedom of expression to the reproduction of generally accepted ideas.

(b) The judgment of the European Court of Human Rights may afford the applicant satisfaction and, through the award of CHF 40,000, financial compensation for the cost of the proceedings. But it does not remove the restrictions imposed on the applicant by the Commercial Court and confirmed by the Federal Court in its judgment of 25 February 1994. These restrictions may be upheld only within the bounds of necessity as defined by the European Court. Since those restrictions may be lifted or limited only by means of an appeal to the Federal Court, the requirement of section 139a FJA is met.

However, it remains to be determined in what respect and to what extent the restrictions are to be limited in order to comply with Article 10 of the Convention. In this connection, it must first be noted that the European Court found the restrictions disproportionate only in so far as they were intended as a response to the research paper published in issue no. 19 of the *Journal Franz Weber*, which the Court found sufficiently moderate and whose impact on the respondent's members it found insufficiently proved. In its appraisal of the actual circumstances, the European Court also took the view that only the text of the research paper could be attributed to the applicant and that he could not be held responsible for the titles, sub-titles and other texts by other authors which

the periodical contained, nor for the illustrations. It follows that to prohibit the applicant from publishing texts of comparable moderation to the aforementioned research paper, even on competition-related grounds, would violate Article 10 of the Convention.

On the other hand, according to the European Court's view of the law, it may be assumed that prohibiting the applicant from making competition-orientated statements alleging scientifically proved health-impairing effects of food prepared in microwave ovens, without any mention of current differences of opinion, can only be reconciled with Article 10 of the Convention if there are tangible signs that such statements will be made and are of a nature substantially to impair the competitive position of the respondent's members (see *ATF* 116 II 357, § 2a, p. 359, with references). These requirements are satisfied: in its judgment of 19 March 1993 the Commercial Court found as to the facts that the applicant had never disavowed the publication in issue no. 19 of the *Journal Franz Weber* but had simply stated in court that he did not agree 100% with René d'Ombresson's introduction and conclusions; he had said that he liked the image of the Grim Reaper; he stood by his conclusions and intended to continue seeking to have them debated in the mass media; behind his scientific attitude was an ideological one; at the trial he had maintained his earlier statements and declared: 'These microwave products cause cancer, there is now no longer any doubt about that' and 'I will continue to go my scientific way'. These are concrete indications that there is reason to fear that the applicant will make statements contrary to fair competition, disseminating alleged scientifically proved findings of health impairment by microwave ovens; in view of the applicant's professed liking for the image of the Grim Reaper, there is also a danger of this or some other death symbol being used to illustrate such statements. It is self-evident that such statements, if aimed at wider sections of the population, are of a nature to substantially impair the competitive position of the respondent's members. This is all the more true if the statements are further illustrated by death symbols. Under section 9(1)(a) UCA, the respondent is entitled to be protected by appropriate restrictions against unlawful impairment of competition.

(c) A complete lifting of the restrictions imposed on the applicant is therefore neither necessary nor appropriate. It must be made clear that the applicant is prohibited only from making statements directed at the general public in which health-impairing effects of microwaved food are presented, without mention of current differences of opinion, as scientifically proved. The prohibition of the use in publications or public lectures of the Grim Reaper or any similar death symbol must be maintained on the basis of the detailed grounds stated in the judgment of 25 February 1994. Lastly, the basis for the respondent's claim lies not in an actual violation but in the threat of violations (section 9(1)(a) UCA). That such a threat exists, having regard to the applicant's behaviour and statements, is beyond doubt.

The applicant shall not otherwise be prevented from taking part in the current debate on the health effects of food prepared in microwave ovens. He is free to express his views, provided that he does not do so in statements addressed to the general public in such a way as to convey the false impression that they reflect scientifically proved findings. It is not a question of censoring the applicant's work, but of preventing inaccurate, misleading or unnecessarily damaging and therefore unfair statements of a nature to influence competition and to impair the competitive position of the respondent's members (sections 2 and 3(a) UCA).

5. The applicant's appeal is only partly successful. He achieves clarification of the scope of the restrictions imposed by the Commercial Court and confirmed by the

Federal Court in its judgment of 25 February 1994, but is unsuccessful both in his application for rejection of the complaint and in his claim for reimbursement of court and lawyers' fees from the previous proceedings. This outcome justifies a proportional apportionment of court fees and parties' costs arising from the appeal proceedings ... Of the court fee of CHF 5,000, CHF 3,500 is apportioned to the applicant and CHF 1,500 to the respondent; the applicant shall also be required to pay the respondent party compensation of CHF 2,500.

The material amendment of the judgment on the facts of 25 February 1994, constituting part acceptance of the appeal, is confined to clarification of the scope of the restrictions imposed on the applicant. The respondent's entitlement to protection is unaffected. That being so, there is no justification for re-apportioning court fees and party costs from the Commercial Court proceedings and the appeal proceedings before the Federal Court, especially as the European Court of Human Rights has already awarded the applicant compensation under Article 50 of the Convention for costs incurred in those proceedings (see paragraph 3 above).

*The Federal Court therefore finds as follows:*

1. The application for review is granted in part; paragraph 1 of the Federal Court judgment of 25 February 1994 is annulled and replaced as follows:

'1. The appeal is partly allowed, in so far as it is admissible, and paragraph 1 of the judgment of 19 March 1993 of Berne Commercial Court is amended as follows:

1. The defendant is *prohibited*, subject to the penalties provided for in Article 292 of the Code of Criminal Procedure and Article 403 of the Code of Civil Procedure (imprisonment or fine of up to CHF 5,000; detention or, in serious cases, imprisonment of up to one year), from making statements addressed to the general public alleging that it is scientifically proved that food prepared in microwave ovens, without reference to current differences of opinion [*verboten, in Verlautbarungen, die an weitere Bevölkerungskreise gerichtet sind, ohne Hinweis auf den herrschenden Meinungsstreit als wissenschaftlich gesichert darzustellen, dass im Mikrowellenherd zubereitete Speisen ...*], is harmful to health and causes changes in the blood of persons who consume it, indicating a pathological disorder and showing a pattern that could be seen as the beginning of a carcinogenic process.

The remainder of the Commercial Court's judgment is upheld.'

2. The further applications for review are dismissed.
3. The court fee of CHF 5,000 is apportioned in the amounts of CHF 3,500 to the applicant and CHF 1,500 to the respondent.
4. The applicant shall pay the respondent CHF 2,500 in costs.
5. This judgment shall be communicated in writing to the parties and to the Berne Commercial Court."

*3. Resolution of the Committee of Ministers of the Council of Europe of 2 October 2000*

On 2 October 2000 the Committee of Ministers adopted at the 721st meeting of the Ministers' Deputies the following resolution:

*“Resolution ResDH(2000)122 concerning the judgment of the European Court of Human Rights of 25 August 1998 in the case of Hertel v. Switzerland*

The Committee of Ministers, under the terms of former Article 54 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereinafter referred to as ‘the Convention’),

Having regard to the judgment of the European Court of Human Rights in the Hertel case delivered on 25 August 1998 and transmitted the same day to the Committee of Ministers;

Recalling that the case originated in an application (no. 25181/94) against Switzerland, lodged with the European Commission of Human Rights on 13 September 1994 under former Article 25 of the Convention by Mr Hans Ulrich Hertel, a Swiss national, and that the Commission declared admissible the applicant’s complaints that Articles 10, 8 and 6, paragraph 1, of the Convention had been breached on account of the fact that he had been prohibited from publishing his research results about the hazardous effects of microwave ovens on human health;

Recalling that the case was brought before the Court by the applicant on 29 May 1997 and thereafter by the Commission and the Government of Switzerland on 3 June and 15 July 1997 respectively;

Whereas in its judgment of 25 August 1998 the Court:

– held, by six votes to three, that there had been a violation of Article 10 of the Convention;

– held, unanimously, that it was unnecessary to consider the complaints under Article 6, paragraph 1, and Article 8 of the Convention;

– held, by eight votes to one, that the Government of the respondent State was to pay the applicant, within three months, 40 000 Swiss francs in respect of costs and expenses and that simple interest at an annual rate of 5% would be payable on this sum from the expiry of the above-mentioned three months until settlement;

– dismissed, unanimously, the remainder of the claim for just satisfaction;

Having regard to the Rules adopted by the Committee of Ministers concerning the application of former Article 54 of the Convention;

Having invited the Government of the respondent State to inform it of the measures which had been taken in consequence of the judgment of 25 August 1998, having regard to Switzerland’s obligation under Article 53 of the Convention to abide by it;

Whereas during the examination of the case by the Committee of Ministers, the Government of the respondent State gave the Committee information about the measures taken preventing new violations of the same kind as that found in the present judgment; this information appears in the appendix to this resolution;

Having satisfied itself that on 20 October 1998, within the time-limit set, the Government of the respondent State paid the applicant the sum provided for in the judgment of 25 August 1998;

Having noted that the applicant has brought before the European Court of Human Rights a new application (no. 53440/99) concerning the restrictions still applicable after the retrial judgment (*arrêt en révision*) by the Federal Court of 2 March 1999 (see notably



the appended information submitted by the Government) and that the Court remains competent to assess the compatibility with the Convention of such restrictions,

Considers that it is not necessary, in the circumstances of the present case, that the Committee of Ministers itself continue to examine this last issue, in the context of the present execution control procedure,

Declares, in the light of the above considerations and having taken note of the information supplied by the Government of Switzerland, that it has exercised its functions under former Article 54 of the Convention in this case.

*Appendix to Resolution ResDH(2000)122*

*Information provided by the Government of Switzerland during the examination of the Hertel case by the Committee of Ministers*

The Hertel judgment of 25 August 1998 was brought to the attention of the Federal Court and excerpts were published notably in the *'Journal des tribunaux – Droit européen'* (no. 52, October 1998, pages 188-90).

In order to erase the consequences of the violation found by the European Court of Human Rights, the applicant filed an application for retrial before the Swiss Federal Court in conformity with Article 139.a.1 of the Swiss federal law on judicial organisation, providing for review of judicial proceedings in order to give effect to judgments from the Strasbourg Court. In its judgment of 2 March 1999, the Federal Court took note of the violation of the applicant's freedom of expression found by the European Court of Human Rights and, accordingly, modified the challenged decision by clarifying its content and softening the scope of the restrictions imposed on Mr Hertel.

As a result, it has now been clarified that the restrictions to the applicant's freedom to express himself on the harmful effects of microwave ovens only apply in case the applicant would address a large public, stating that the harmful effects of microwave ovens on human health are a scientifically proven fact without referring to the controversial nature of the issue. The Government of Switzerland considers that the Federal Court judgment has remedied the violation of Article 10, as regards the applicant's situation.

The Government also considers that these measures will prevent in the future the risk of new violations similar to the one found in this case and that Switzerland has thus fulfilled its obligations under Article 53 in this case."

## **B. Relevant domestic law**

### *1. Unfair Competition Act*

Sections 1, 2 and 3 of the Unfair Competition Act (UCA) provide:

#### **Section 1**

"This Act is intended to guarantee, in the interests of all the parties concerned, fair, undistorted competition."

### Section 2

“Any conduct [*Verhalten*] or commercial practice [*Geschäftsgebaren*] shall be unfair and illegal if it is deceptive or in any other way offends the principle of good faith and if it affects relations between competitors or between suppliers and customers.”

### Section 3

“A person acts unfairly if, in particular,

(a) he denigrates others or the goods, work, services, prices or business of others by making inaccurate, misleading or unnecessarily wounding statements;

...”

## 2. Federal Judiciary Act

Sections 136 et seq. of the Federal Judiciary Act (FJA) concern, *inter alia*, the reopening of proceedings. Section 139a, entitled “Breach of the European Convention on Human Rights”, provides:

“1. A decision of the Federal Court or of a lower instance may be reviewed if the European Court of Human Rights or the Committee of Ministers of the Council of Europe has granted an individual application on account of a breach of the Convention of 4 November 1950 for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its Protocols, and redress is possible only through such a review.

2. If the Federal Court determines that a review is called for, but a lower court has jurisdiction, it shall refer the case to the lower court to reopen proceedings in the matter.

3. The cantonal court shall then also decide on the request for a review if cantonal law does not envisage such a ground for the reopening of proceedings.”

## COMPLAINTS

1. The applicant complained, under Articles 8 and 10 of the Convention, of the injunction which limited his freedom of information, in particular by preventing him from “making statements addressed to the general public, without reference to current differences of opinion, alleging that [the dangers of microwave ovens are] scientifically proved”. He also complained of the prohibition on using the Grim Reaper as a symbol, though he reiterated, with reference to paragraph 48 of the Court’s judgment cited above, that he was actually not responsible for its use in issue no. 19 of the *Journal Franz Weber*.

The applicant reiterated the complaints raised in his application no. 25181/94, in particular that the injunction lacked a legal basis and a legitimate aim and was disproportionate. In his view, it could not be made a condition for the limitation of the freedom of information under Article 10 of the Convention that his publications were “addressed to the

general public". Moreover, it would in fact make a mockery of the Court's previous judgment if henceforth he had to refer, in his publications, to "current differences of opinion".

2. The applicant complained under Article 6 § 1 of the Convention that he had not had the opportunity to comment on the modification of the injunction, as expressed in the Federal Court's judgment of 2 March 1999. Furthermore, the Federal Court had not conducted an oral hearing.

## THE LAW

1. The applicant complained under Article 10 of the Convention of the injunction imposed on him by the Federal Court in its judgment of 2 March 1999. Article 10 provides:

"1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary."

The Court notes that the injunction prohibits the applicant, under pain of punishment, from making statements to the general public that the dangers of microwave ovens are scientifically proved without referring to current differences of opinion; and from depicting the Grim Reaper as a symbol. In the Court's opinion, the injunction constitutes an interference by a public authority with the applicant's rights under Article 10 § 1 of the Convention. The Court must therefore examine whether such interference was justified under Article 10 § 2.

The Court reiterates its previous judgment according to which the injunction at issue, based on sections 2 and 3(a) of the UCA, was "prescribed by law" within the meaning of Article 10 § 2 of the Convention (see *Hertel*, cited above, pp. 2325-27, §§ 32-38). Moreover, it pursued a legitimate aim in that it served the "protection of the ... rights of others" within the meaning of that provision (*ibid.*, pp. 2327-28, §§ 38-42).

There remains the question whether the interference was "necessary in a democratic society" within the meaning of Article 10 § 2 of the Convention. In this respect the Court set out in its previous judgment the relevant principles as follows:

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

(ii) The adjective ‘necessary’, within the meaning of Article 10 § 2, implies the existence of a ‘pressing social need’. The Contracting States have a certain margin of appreciation in assessing whether such a need exists, but it goes hand in hand with European supervision, embracing both the legislation and the decisions applying it, even those given by an independent court. The Court is therefore empowered to give the final ruling on whether a ‘restriction’ is reconcilable with freedom of expression as protected by Article 10.

(iii) The Court’s task, in exercising its supervisory jurisdiction, is not to take the place of the competent national authorities but rather to review under Article 10 the decisions they delivered pursuant to their margin of appreciation. This does not mean that the supervision is limited to ascertaining whether the respondent State exercised its discretion reasonably, carefully and in good faith; what the Court has to do is to look at the interference complained of in the light of the case as a whole and determine whether it was ‘proportionate to the legitimate aim pursued’ and whether the reasons adduced by the national authorities to justify it are ‘relevant and sufficient’. In doing so, the Court has to satisfy itself that the national authorities applied standards which were in conformity with the principles embodied in Article 10 and, moreover, that they relied on an acceptable assessment of the relevant facts ...” (ibid., pp. 2329-30, § 46)

As regards the authorities’ margin of appreciation, this is particularly essential in commercial matters, though in cases such as the present one it is necessary to reduce the extent of the margin of appreciation since what is at stake is not a given individual’s purely commercial statements, but his participation in a debate affecting the general interest. In this respect, the Court found in its previous judgment that the Swiss authorities had some margin of appreciation to decide whether there was a “pressing social need” to impose the injunction at issue on the applicant (ibid., p. 2330, § 47).

In examining whether in the present case the measures in issue are proportionate to the aim pursued, the Court must balance the applicant’s freedom of expression against the need to protect the rights of the members of the MHEA.

In balancing the various interests, the Court must first consider the seriousness of the interference with the applicant’s rights. It notes that the applicant’s previous injunction generally prohibited him from publishing his views, with the exception of scientific research. In its judgment, the Court found that such a measure “related to the very substance of the applicant’s views. The effect of the injunction was thus

partly to censor the applicant's work and substantially to reduce his ability to put forward in public views which have their place in a public debate whose existence cannot be denied" (ibid., pp. 2331-32, § 50).

The present case differs in that the injunction at issue, resulting from the Federal Court's judgment of 2 March 1999, no longer prevents the applicant from generally disseminating his views. On the contrary, he enjoys complete freedom in making any statement on the dangerous effects of the use of microwave ovens. The only limitation is that, when making such statements to the general public, he cannot refer to scientifically proved results without also referring "to current differences of opinion".

In the Court's opinion, this limitation of the applicant's rights under Article 10 of the Convention remains a minor one and no longer substantially affects his ability to put forward his views in public.

It is true that the injunction at issue continues to prohibit the applicant from employing the Grim Reaper as a symbol. However, the Court notes that the applicant himself has submitted before the Court, with reference to the judgment cited above (ibid., pp. 2330-31, § 48), that he was not actually responsible for the use of this symbol in issue no. 19 of the *Journal Franz Weber*. It follows that in this respect also the limitation of the applicant's rights under Article 10 remains a minor one.

The Court will next examine the interests of the MHEA. It considers that the association has a legitimate interest in maintaining fair competition. In view of that, it does not appear unreasonable to hold, as the Federal Court did in its judgment of 2 March 1999, that the obligation to refer "to current differences of opinion" serves to prevent inaccurate, misleading or unnecessarily damaging and therefore unfair statements of the competitive position of the MHEA.

Having regard to the comparatively minor limitations of the applicant's rights under Article 10 of the Convention, to the margin of appreciation left to the domestic authorities in such cases and to the care with which the Federal Court balanced the various interests in its judgment of 2 March 1999, the Court finds that the interference with the applicant's rights under Article 10 was proportionate to the aims pursued and could, therefore, reasonably be considered "necessary in a democratic society" within the meaning of paragraph 2 of this provision.

In so far as the applicant also relied, in respect of these complaints, on Article 8 of the Convention, the Court finds no issue under this provision.

It follows that this part of the application is manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 and must be rejected under Article 35 § 4 of the Convention.

2. The applicant further complained of the unfairness of the proceedings before the Federal Court. He relied on Article 6 § 1 of the Convention, the relevant parts of which state:

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

The Court need not examine whether this provision was applicable to the proceedings at issue, since the complaints are in any event inadmissible for the following reasons.

In so far as the applicant complained that he had not had an oral hearing before the Federal Court, the Court notes that he failed to raise such a request in his application of 20 October 1998 to the Federal Court for the reopening of the proceedings. The applicant may therefore be considered as having waived his right to a public hearing in that court (see *Schuler-Zgraggen v. Switzerland*, judgment of 24 June 1993, Series A no. 263, p. 20, § 58).

In so far as the applicant complained that he had not had the opportunity to comment on the new injunction pronounced in the Federal Court’s judgment of 2 March 1999, the Court reiterates that the concept of a fair trial implies in principle the right for the parties to proceedings to have knowledge of and comment on all evidence adduced or observations filed (see *Lobo Machado v. Portugal* and *Vermeulen v. Belgium*, judgments of 20 February 1996, *Reports* 1996-I, p. 206-07, § 31, and p. 234, § 33, respectively). In the present case the Court has satisfied itself that the applicant had the possibility, in his request of 20 October 1998 of having the proceedings reopened, of commenting on all aspects of the case and, in particular of discussing all the implications of the Court’s judgment of 25 August 1998 on the injunction which had been imposed on him.

It follows that the remainder of the application is also manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 and must be rejected under Article 35 § 4 of the Convention.

For these reasons, the Court unanimously

*Declares* the application inadmissible.

HERTEL c. SUISSE  
(Requête n° 53440/99)

TROISIÈME SECTION<sup>1</sup>

DÉCISION DU 17 JANVIER 2002<sup>2</sup>

---

1. Siégeant en une chambre composée de M. G. Ress, *président*, M. L. Wildhaber, M. J. Caflisch, M. P. Kūris, M. R. Türmen, M. J. Hedigan, M<sup>me</sup> M. Tsatsa-Nikolovska, *juges*, et de M. V. Berger, *greffier de section*.

2. Traduction ; original anglais.





SOMMAIRE<sup>1</sup>**Interdiction de formuler des déclarations publiques sur les dangers des fours à micro-ondes sans mentionner les divergences d'opinions en la matière****Article 10**

*Liberté d'expression – Interdiction de formuler des déclarations publiques sur les dangers des fours à micro-ondes sans mentionner les divergences d'opinions en la matière – Ingérence – Protection des droits d'autrui – Nécessaire dans une société démocratique – Gravité de l'ingérence – Concurrence déloyale*

\*  
\* \*

Le requérant effectua des recherches sur les effets sur l'homme de l'ingestion d'aliments préparés au four à micro-ondes et publia une étude dans laquelle il concluait que pareil comportement de consommation induisait notamment des modifications du sang qui semblaient comparables à celles observées lors du déclenchement d'un état cancéreux. Par la suite, l'étude parut dans un journal, accompagnée d'un article intitulé «Four à micro-ondes: danger pour la santé. Des preuves scientifiques irréfutables»; en couverture figurait une image de la Faucheuse avec un four à micro-ondes. A la demande de l'Association suisse des fabricants et fournisseurs d'appareils électrodomestiques (FAE), le tribunal de commerce émit en vertu de la loi fédérale contre la concurrence déloyale une injonction faisant interdiction au requérant d'affirmer publiquement que les aliments préparés dans les fours à micro-ondes étaient dangereux pour la santé. L'injonction fut confirmée par le Tribunal fédéral le 25 février 1994. Le 25 août 1998, la Cour européenne des Droits de l'Homme estima que cette injonction emportait violation de l'article 10 de la Convention. Le requérant demanda alors au Tribunal fédéral la révision et l'annulation de l'arrêt de février 1994. Dans un arrêt de mars 1999, le Tribunal fédéral estima qu'une levée complète des restrictions n'était pas appropriée et clarifia la portée de son arrêt précédent, précisant qu'il était seulement fait interdiction au requérant de formuler des déclarations destinées au grand public dans lesquelles étaient présentés comme scientifiquement prouvés les effets dangereux pour la santé des aliments préparés au four à micro-ondes sans mentionner les actuelles divergences d'opinions en la matière. Le Tribunal interdit également à l'intéressé d'utiliser dans des publications ou lectures publiques des symboles de mort. Il ajouta que rien n'empêchait le requérant de prendre part au débat concernant les effets sur la santé des aliments préparés au four à micro-ondes et qu'il était libre d'exprimer

---

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

ses idées, sous réserve qu'il ne le fasse pas sous la forme de déclarations destinées au grand public exprimées de telle sorte qu'elles donneraient la fausse impression de traduire des conclusions scientifiquement prouvées.

Article 10: l'injonction litigieuse constitue une ingérence dans l'exercice par le requérant de sa liberté d'expression. Dans son précédent arrêt, la Cour a estimé que l'interdiction litigieuse était prévue par la loi et poursuivait le but légitime de la protection des droits d'autrui. Reste à déterminer si l'ingérence était nécessaire dans une société démocratique. Il convient de mettre en balance la liberté d'expression du requérant et les exigences de la protection des droits des membres de la FAE. Il faut tout d'abord déterminer la gravité de l'atteinte aux droits du requérant. Or la prohibition litigieuse, qui résulte de l'arrêt rendu en mars 1999 par le Tribunal fédéral, n'impose plus au requérant une interdiction générale de diffuser ses idées. Toutefois, lorsqu'il invoque des résultats scientifiquement prouvés dans des déclarations à l'attention du grand public, il a l'obligation de faire référence aux «actuelles divergences d'opinions». Cette restriction apportée aux droits du requérant reste mineure et ne porte plus atteinte de manière importante à son aptitude à exposer publiquement ses idées. Certes, le requérant ne peut pas, en vertu de l'interdiction litigieuse, se servir du symbole de la Faucheuse, mais la restriction demeure mineure, puisque l'intéressé lui-même a fait valoir qu'il n'était en vérité pas responsable de l'utilisation de ce symbole dans le journal. Quant aux intérêts de la FAE, l'association a un intérêt légitime à maintenir une situation de concurrence loyale. Il n'apparaît pas abusif de déclarer, comme l'a fait le Tribunal fédéral dans son arrêt de mars 1999, que l'obligation d'invoquer les actuelles divergences d'opinions permet d'éviter des déclarations inexactes, fallacieuses ou inutilement blessantes, et donc déloyales, touchant à la position de la FAE au regard de la concurrence. Eu égard aux restrictions comparativement mineures apportées aux droits du requérant, à la marge d'appréciation laissée aux autorités internes en pareil cas et au soin avec lequel le Tribunal fédéral a pesé les intérêts en jeu dans son arrêt de mars 1999, l'ingérence dans les droits du requérant était proportionnée aux buts légitimes poursuivis et pouvait donc raisonnablement être tenue pour nécessaire dans une société démocratique: défaut manifeste de fondement.

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

*Hertel c. Suisse*, arrêt du 25 août 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VI

(...)

## EN FAIT

Le requérant, M. Hans Ulrich Hertel, de nationalité suisse, est diplômé en sciences techniques de l'Ecole polytechnique fédérale de Zurich. Retraité, il réside à Wattenwil (canton de Berne). Devant la Cour, il est représenté par M<sup>c</sup> R. Schaller, avocat au barreau de Genève.

### A. Les circonstances de l'espèce

Les faits de la cause, tels qu'ils ont été exposés par le requérant, peuvent se résumer comme suit.

#### 1. La requête n° 25181/94 et l'arrêt rendu par la Cour le 25 août 1998

En collaboration avec un conseiller technique à l'Ecole polytechnique fédérale de Lausanne, le requérant réalisa une étude des effets sur l'homme de l'ingestion d'aliments préparés au four à micro-ondes. Dans un rapport de recherche daté de juin 1991 et intitulé «Etude comparative de l'influence pour l'homme d'aliments préparés de manière conventionnelle et au four à micro-ondes», il conclut comme suit :

«Les conséquences mesurables chez l'homme induites par des aliments traités aux micro-ondes présentent, au contraire de ceux qui n'ont pas subi ce traitement, des modifications du sang qui semblent indiquer le stade initial d'un processus pathologique tel qu'il se présente lors du déclenchement d'un état cancéreux.»

Par la suite, le trimestriel *Journal Franz Weber*, dans lequel le requérant était cité comme un membre de la rédaction, publia dans son numéro 19 (janvier, février et mars 1992) un article de M. René d'Ombresson intitulé «Four à micro-ondes: danger pour la santé. Des preuves scientifiques irréfutables». En couverture figurait une image de la Faucheuse tendant une main vers un four à micro-ondes, et le chapeau de l'article était ainsi rédigé :

«A la casse, au ruclon, les fours à micro-ondes! Le traitement qu'ils font subir aux aliments est à ce point pervertissant qu'il provoque une altération de la formule sanguine de qui s'en nourrit, conduisant à l'anémie et à la précancérose. Telles sont les conclusions d'une étude rigoureuse conduite par un professeur de l'EPFL [Ecole polytechnique fédérale de Lausanne] et un chercheur indépendant, déterminés à répondre une fois pour toutes à la question cruciale: les fours à micro-ondes sont-ils nocifs ou non? Voici un résumé vulgarisé de cette étude puis l'étude elle-même, pour ceux que les chiffres et les démonstrations scientifiques ne rebutent pas. Nous avons tenu à cette double publication, au risque de redites, afin que le public le plus large puisse accéder à ces conclusions.»

Le 7 août 1992, l'Association suisse des fabricants et fournisseurs d'appareils électrodomestiques (FAE) déposa devant le tribunal de commerce (*Handelsgericht*) du canton de Berne une demande d'injonction fondée sur la loi fédérale contre la concurrence déloyale (*Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb – LCD*) et tendant à ce qu'il soit fait interdiction à M. Hertel, sous peine de sanctions, d'affirmer que les aliments préparés dans les fours à micro-ondes sont dangereux pour la santé et provoquent dans le sang de ceux qui les consomment des altérations traduisant un trouble pathologique et donnant une image qui pourrait passer pour le début d'un processus cancérigène. Par un jugement du 19 mars 1993, le tribunal de commerce accueillit la requête. L'injonction fut confirmée par le Tribunal fédéral (*Bundesgericht*) dans un arrêt du 25 février 1994, exposant les conclusions suivantes :

« c. On ne peut non plus parler d'une utilisation de la LCD contraire à la Constitution fédérale ou à la Convention européenne. La loi doit notamment fixer les limites respectives des droits fondamentaux et d'autres devoirs, opposés, de l'Etat de manière à prendre le plus possible en considération ces deux objets du droit constitutionnel (...) Il faut garantir au mieux le bon fonctionnement de la concurrence ainsi que la liberté économique, d'expression, scientifique et de la presse, mais aussi les limiter pour que les différents objectifs constitutionnels puissent se concilier en pratique. (...) Celui qui revendique la liberté scientifique est donc totalement libre d'exposer ses connaissances dans le cadre universitaire mais, dans le domaine de la concurrence, il ne peut se réclamer de la véracité lorsque l'opinion qu'il expose est contestée. Une opinion non confirmée scientifiquement ne doit en particulier pas être utilisée pour faire de la publicité occulte, positive ou négative, pour ses propres prestations ou celles d'autrui. En l'occurrence, cela est d'autant plus vrai que le tribunal de commerce a expressément laissé à l'appelant la liberté d'étayer sa thèse sur de nouvelles découvertes scientifiques.

6. Il échet donc de rejeter le recours (...)»

Le 13 septembre 1994, le requérant présenta à la Commission des Droits de l'Homme la requête n° 25181/94, dans laquelle il se plaignait que l'interdiction que lui avaient imposée les juridictions suisses en vertu de la LCD avait emporté violation de l'article 10 de la Convention. Il présenta également des griefs sous l'angle des articles 6 § 1 et 8. La Commission retint la requête le 27 novembre 1996. Dans son rapport du 9 avril 1997, elle conclut qu'il y avait eu violation de l'article 10 et qu'aucune question distincte ne se posait sous l'angle des articles 6 § 1 et 8 de la Convention.

L'affaire fut déférée à la Cour, laquelle, dans un arrêt du 25 août 1998, estima que la mesure était « prévue par la loi » et poursuivait un but légitime, conformément à l'article 10 § 2. Quant à savoir si la mesure était « nécessaire dans une société démocratique » au sens de cette disposition, la Cour déclara notamment :

« 48. La Cour observe que le requérant s'est borné à transmettre une copie de son rapport d'étude au *Journal Franz Weber* : il n'a participé ni à la rédaction du numéro 19

duit périodique ni au choix de son illustration, et n'en a eu connaissance qu'après sa parution. Cela ressort de la déclaration de M. Weber du 14 avril 1992 (...) et ne fut mis en cause ni par le tribunal de commerce du canton de Berne ni par le Tribunal fédéral: selon les deux juridictions, la responsabilité du requérant trouvait sa source dans le fait qu'en communiquant son rapport au *Journal Franz Weber*, il se serait accommodé d'une exploitation simpliste et outrancière de celui-ci – laquelle aurait été prévisible eu égard au périodique dont il s'agit – et que, par la suite, il aurait repris à son compte l'article litigieux (...)

Du texte dudit numéro 19 se rapportant aux fours à micro-ondes, le requérant n'est ainsi l'auteur ou le coauteur ni de l'intitulé de la page de couverture (...), ni de l'éditorial (celui-ci est signé Franz Weber (...)), ni des pages 3 à 10 (celles sont signées René d'Ombresson (...)). Seules peuvent lui être attribuées, à l'exclusion des titres et sous-titres qui y figurent, les pages 5 à 10 qui contiennent un extrait du rapport dont il est question (...). Or la Cour constate qu'il n'y est nulle part expressément proposé que les fours à micro-ondes fussent interdits, détruits ou boycottés et que le requérant n'y reprend pas les propos qu'il avait tenus en 1989 et qui avaient été publiés dans le numéro 8 (avril, mai et juin 1989) du *Journal Franz Weber*. En outre et surtout, la thèse du requérant relative aux effets nocifs sur la santé humaine de l'ingestion d'aliments préparés au four à micro-ondes y est exposée d'une manière bien plus nuancée que le Gouvernement ne le laisse entendre; cela tient notamment à l'usage répété du mode conditionnel et au choix de formules non affirmatives. A cet égard, les dernières lignes dudit extrait, qui synthétisent les conclusions que le requérant tire de ses expériences, sont particulièrement parlantes: s'il est écrit que les résultats obtenus «montrent des altérations qui témoignent de troubles pathogènes», il est précisé quant à d'éventuels effets cancéreux que lesdits résultats donnent une image qui «pourrait» correspondre au début d'une évolution cancéreuse et qui «mérite attention»; de la même manière il n'est pas affirmé que l'ingestion d'aliments irradiés est nocive pour l'homme du fait de l'induction d'un rayonnement indirect par le biais des aliments, mais suggéré qu'il «pourrait» en aller de la sorte (...)

(...)

50. Il ressort de ce qui précède que M. Hertel n'a pas participé au choix de l'illustration du numéro 19 du *Journal Franz Weber*, que les propos qui lui sont véritablement imputables sont plutôt nuancés et qu'aucun élément ne permet de conclure à un impact substantiel desdits propos sur les intérêts des membres de la FAE. En dépit de ceci, les juridictions suisses ont fait interdiction au requérant d'affirmer que les aliments préparés dans les fours à micro-ondes sont dangereux pour la santé et provoquent dans le sang de ceux qui les consomment des altérations traduisant un trouble pathologique et donnant une image qui pourrait indiquer le début d'une évolution cancérigène, et d'utiliser l'image de la mort en association avec les fours à micro-ondes.

On ne peut que relever un décalage entre cette mesure et le comportement auquel elle se propose de répondre. Il en ressort une impression de déséquilibre que concrétise l'ampleur de l'interdiction dont il s'agit. A cet égard, s'il est vrai que celle-ci porte uniquement sur des affirmations bien précises, il n'en reste pas moins que lesdites affirmations ont trait à la substance même de la thèse défendue par le requérant. La mesure en cause a ainsi pour effet de censurer partiellement les travaux de ce dernier et de limiter grandement son aptitude à exposer publiquement une thèse qui a sa place dans un débat public dont l'existence ne peut être niée. Peu importe que l'opinion dont il s'agit est minoritaire et qu'elle peut sembler dénuée de fondement: dans un domaine où

la certitude est improbable, il serait particulièrement excessif de limiter la liberté d'expression à l'exposé des seules idées généralement admises.

La circonstance que les juridictions suisses ont expressément réservé la liberté de M. Hertel de poursuivre ses recherches n'enlève rien à ce constat. Quant à la possibilité dont il disposerait d'en présenter les résultats en dehors de la « sphère économique », elle ne transparaît pas avec évidence des décisions litigieuses; le cas échéant, la large portée de la LCD empêcherait d'y voir une atténuation marquée de l'importance de l'ingérence dont il est question.

Au surplus, en cas de non-respect de l'interdiction, le requérant encourt une sanction pouvant aller jusqu'à une privation de liberté.

51. Eu égard à ce qui précède la mesure litigieuse ne saurait passer pour « nécessaire » « dans une société démocratique ». Partant, il y a eu violation de l'article 10 » (*Hertel c. Suisse*, arrêt du 25 août 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VI, pp. 2330-2332).

La Cour jugea inutile d'examiner les griefs tirés des articles 6 § 1 et 8 de la Convention. Elle déclara également que le gouvernement suisse devait verser au requérant 40 000 francs suisses (CHF) au titre des frais et dépens.

## 2. L'arrêt rendu par le Tribunal fédéral le 2 mars 1999

Le 20 octobre 1998, le requérant saisit le Tribunal fédéral d'une demande de révision dans laquelle il réclamait l'annulation de l'arrêt du 25 février 1994 ainsi que le remboursement par la FAE de ses frais et dépens. Dans son arrêt du 2 mars 1999 (signifié le 1<sup>er</sup> avril 1999), le Tribunal fédéral déclara que :

« 2. L'appelant invoque l'article 139a de la loi fédérale d'organisation judiciaire [*Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege*]. Selon cette disposition, la demande de révision d'un arrêt du Tribunal fédéral ou d'une autorité inférieure est recevable lorsque la Cour européenne des Droits de l'Homme ou le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a constaté une violation de la Convention européenne des Droits de l'Homme, et que réparation ne peut être obtenue que par la voie de la révision. La première condition est manifestement respectée. Reste à examiner la deuxième. Elle peut être considérée comme remplie si et dans la mesure où l'arrêt de la Cour européenne et la réparation octroyée ne suffisent pas à redresser la situation relevant de la Convention (*Arrêts du Tribunal fédéral suisse* [ATF] 123 I 283, § 3, pp. 286 et suiv.).

3. En application de l'article 50 de la Convention, la Cour européenne a octroyé à l'appelant un montant de 40 000 CHF au titre des frais et dépens exposés dans la procédure devant le tribunal de commerce, le Tribunal fédéral, la Commission des Droits de l'Homme et la Cour européenne. L'appelant n'a plus la possibilité de présenter d'autres demandes en réparation relativement à la même procédure (ATF 123 I 283, § 3b/bb, pp. 287 et suiv.). Au contraire, le montant octroyé par la Cour constitue une réparation suffisante. En conséquence, les motifs exposés à l'article 139a ne sont de toute évidence pas applicables. Les demandes de l'appelant visant à obtenir le

remboursement des frais de procédure et des honoraires de ses avocats et conseils afférents aux procédures antérieures doivent être rejetées.

4. Toutefois, l'appelant recherche en premier lieu la levée des restrictions qui lui avaient été imposées. Il s'agit ici de déterminer si et dans quelle mesure une modification de l'arrêt rendu le 25 février 1994 par le Tribunal fédéral est nécessaire en ce qui concerne les réparations correspondant à des violations de la Convention.

a) Aux termes de l'article 10 de la Convention, toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit ne peut être soumis à des restrictions que si celles-ci sont prévues par la loi, tournées vers un but légitime et nécessaires dans une société démocratique (article 10 § 2 de la Convention). La Cour européenne a estimé que la loi sur la concurrence déloyale (...) constituait une base légale suffisante pour la restriction imposée à l'appelant. Elle a également considéré que cette restriction visait sans aucun doute la protection du droit d'autrui, et servait ainsi un but légitime. Mais elle a conclu que la liberté d'expression de l'appelant avait été limitée dans une mesure plus importante qu'il n'était nécessaire dans une société démocratique. A cet égard, la Cour s'est livrée à un examen approfondi du contenu du numéro 19 du *Journal Franz Weber*. Selon elle, l'appelant n'était responsable, en tant qu'auteur ou coauteur, ni de l'intitulé de la page de couverture, ni de l'éditorial de Franz Weber, ni de l'article de René d'Ombresson figurant aux pages 3 à 10. L'appelant n'a pas davantage participé au choix des illustrations. Seules lui peuvent être attribuées, à l'exclusion des titres et sous-titres qui y figurent, les pages 5 à 10 qui contiennent un extrait de son rapport de recherche. Or, il n'y est nulle part expressément proposé que les fours à micro-ondes fussent interdits, détruits ou boycottés. En particulier, la thèse de l'appelant relative aux effets nocifs sur la santé humaine de l'ingestion d'aliments préparés au four à micro-ondes y est exposée d'une manière bien plus nuancée que les autorités suisses ne l'ont laissé entendre; cela tient notamment à l'usage répété du mode conditionnel et au choix de formules non affirmatives. A cet égard, les dernières lignes dudit extrait, qui synthétisent les conclusions de l'intéressé, sont particulièrement parlantes: s'il est écrit que le résultat obtenu «montre des altérations qui témoignent de troubles pathogènes», il est précisé que lesdits résultats donnent une image qui «pourrait» correspondre au début d'une évolution cancéreuse et qui «mérite attention». De la même manière, il n'est pas affirmé que l'ingestion d'aliments irradiés est nocive pour l'homme du fait de l'induction d'un rayonnement indirect par le biais des aliments, mais suggéré qu'il «pourrait» en aller de la sorte. En outre, la Cour européenne n'a vu aucun élément démontrant que les déclarations de l'appelant publiées dans le numéro 19 du *Journal Franz Weber* avaient causé un préjudice important aux intérêts des membres de la défenderesse.

Eu égard à l'ensemble de ces circonstances, la Cour européenne conclut que l'ampleur des restrictions imposées par les juridictions suisses est disproportionnée par rapport au comportement auquel elles se proposaient de répondre. Les restrictions ont eu pour effet de censurer partiellement les travaux de l'appelant et de limiter grandement son aptitude à exposer publiquement une thèse qui a sa place dans le débat actuel. Peu importe que l'opinion dont il s'agit est minoritaire et qu'elle peut sembler dénuée de fondement: dans un domaine où la certitude est improbable, il serait particulièrement excessif de limiter la liberté d'expression à l'exposé des seules idées généralement admises.

b) L'arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme peut donner satisfaction à l'appelant et, par l'octroi de 40 000 CHF, peut lui offrir une réparation financière pour les frais de procédure. Toutefois, il ne lève pas les restrictions imposées à l'appelant par le tribunal de commerce et confirmées par le Tribunal fédéral dans son arrêt du

25 février 1994. Ces restrictions ne peuvent être maintenues que si elles respectent la nécessité telle que la définit la Cour européenne. Ces restrictions ne pouvant être levées ou limitées que par un recours présenté au Tribunal fédéral, la condition posée par l'article 139a de la loi d'organisation judiciaire est remplie.

Il reste toutefois à déterminer de quelle manière et dans quelle mesure les restrictions doivent être limitées pour être conformes à l'article 10 de la Convention. A cet égard, il faut tout d'abord relever que la Cour européenne a jugé les restrictions disproportionnées uniquement dans la mesure où elles étaient censées constituer une réponse au rapport de recherche publié dans le numéro 19 du *Journal Franz Weber*, lequel a été considéré par la Cour comme suffisamment nuancé et dont l'impact sur les membres de la défenderesse était selon elle insuffisamment démontré. Dans son appréciation des circonstances de la cause, la Cour européenne a également émis l'avis que seul le texte du rapport de recherche pouvait être attribué à l'appelant, et que celui-ci ne pouvait être tenu pour responsable des titres, des sous-titres ou des textes par d'autres auteurs contenus dans le périodique, ni du choix des illustrations. Il s'ensuit que l'interdiction faite à l'appelant de publier des textes présentant une modération comparable au rapport de recherche susmentionné, même pour des motifs liés à la concurrence, porte atteinte à l'article 10 de la Convention.

En revanche, selon l'interprétation que fait la Cour européenne de la législation applicable, l'on peut supposer que le fait d'interdire à l'appelant de déclarer dans le cadre de la concurrence que les effets nuisibles pour la santé des aliments préparés au four à micro-ondes sont scientifiquement prouvés sans mentionner les actuelles divergences d'opinions à cet égard ne peut être compatible avec l'article 10 de la Convention que si des éléments concrets indiquent que pareilles déclarations vont être effectivement faites et sont de nature à porter grandement atteinte à la position des membres de la défenderesse au regard de la concurrence (ATF 116 II 357, § 2a, p. 359, avec d'autres références). Toutefois, ces exigences sont satisfaites: dans sa décision du 19 mars 1993, le tribunal de commerce a estimé quant aux faits que l'appelant n'avait jamais désavoué ce qui avait été publié dans le numéro 19 du *Journal Franz Weber*, mais avait simplement déclaré devant le tribunal qu'il n'était pas d'accord à 100 % avec l'introduction et les conclusions de René d'Ombresson; il avait dit qu'il aimait bien l'image de la Faucheuse; il ne démentait pas de ses conclusions et avait l'intention de continuer à chercher à ce qu'elles soient débattues dans les médias; derrière sa position scientifique, on devinait une attitude idéologique; au procès, il a maintenu ses déclarations antérieures et a affirmé: « Ces fours à micro-ondes provoquent le cancer, il n'y a plus aucun doute là-dessus » et « je poursuivrai mon chemin scientifique ». Ces termes démontrent effectivement qu'il y a des raisons de craindre que l'appelant formulera des déclarations contraires à une concurrence loyale, diffusant ainsi des conclusions prétendument scientifiquement prouvées selon lesquelles les fours micro-ondes sont nuisibles pour la santé; eu égard à l'approbation avouée de l'appelant pour l'image de la Faucheuse, il existe également un risque d'utilisation de cette image ou d'un autre symbole de mort pour illustrer ce type de déclarations. De toute évidence, celles-ci, adressées à un public plus large, seraient de nature à causer un préjudice important à la position des membres de la défenderesse au regard de la concurrence. Tel serait d'autant plus le cas si pareilles déclarations étaient de nouveau illustrées par des symboles de mort. En vertu de l'article 9 § 1 a) de la loi sur la concurrence déloyale, la défenderesse est en droit d'être protégée par des restrictions appropriées contre toute atteinte illégale à la concurrence.

c) Dès lors, une levée complète des restrictions imposées à l'appelant n'est ni nécessaire ni appropriée. Il faut dire clairement qu'il est seulement fait interdiction à



l'intéressé de formuler des déclarations destinées au grand public dans lesquelles sont présentés comme scientifiquement prouvés les effets dangereux pour la santé des aliments préparés au four à micro-ondes sans mentionner les actuelles divergences d'opinions en la matière. L'interdiction d'utiliser dans des publications ou lectures publiques l'image de la Faucheuse ou un autre symbole de mort similaire doit être maintenue sur la base des motifs exposés de manière détaillée dans l'arrêt du 25 février 1994. Enfin, les prétentions de la défenderesse ne se fondent pas sur une violation effective mais sur la menace de violations (article 9 § 1 a) de la loi sur la concurrence déloyale). Eu égard au comportement et aux déclarations de l'appelant, il ne fait aucun doute qu'une telle menace existe bel et bien.

Rien n'empêche par ailleurs l'appelant de prendre part au débat en cours concernant les effets sur la santé des aliments préparés au four à micro-ondes. Il est libre d'exprimer ses idées, sous réserve qu'il ne le fasse pas sous la forme de déclarations destinées au grand public exprimées de telle sorte qu'elles donneraient la fausse impression de traduire des conclusions scientifiquement prouvées. Il n'est pas question de censurer les travaux de l'appelant, mais de prévenir des déclarations inexactes, fallacieuses ou inutilement blessantes, et donc déloyales, de nature à exercer une influence sur la concurrence et à porter atteinte à la position des membres de la défenderesse au regard de la concurrence (articles 2 et 3 a) de la loi sur la concurrence déloyale).

5. Le recours de l'appelant n'est que partiellement accueilli. Il permet de clarifier la portée des restrictions imposées par le tribunal de commerce et confirmée par le Tribunal fédéral dans son arrêt du 25 février 1994, mais il n'aboutit pas ni en ce qui concerne la demande de rejet du grief ni s'agissant de sa demande de remboursement des frais et dépens afférents à la procédure antérieure. Ce résultat justifie un fractionnement proportionnel des frais de procédure et des frais exposés par les parties au cours de la procédure de recours (...). Sur les frais de procédure de 5000 francs suisses, 3500 CHF sont affectés à l'appelant et 1500 CHF à la défenderesse; l'appelant se verra également invité à payer à la défenderesse une réparation de 2500 CHF.

La modification matérielle de l'arrêt sur les faits du 25 février 1994, qui vaut acceptation partielle du recours, se limite à la clarification de la portée des restrictions imposées à l'appelant. Le droit à la protection de la défenderesse n'en est pas affecté. Cela étant, rien ne justifie de revoir la répartition des frais de procédure et des frais exposés par les parties dans le cadre de l'action devant le tribunal de commerce et de la procédure de recours devant le Tribunal fédéral, d'autant que la Cour européenne des Droits de l'Homme a déjà octroyé à l'appelant une réparation en vertu de l'article 50 de la Convention pour les frais afférents à ces instances (paragraphe 3 ci-dessus).

*Par ces motifs, le Tribunal fédéral conclut que:*

1. La demande de révision est partiellement accueillie, en ce que le paragraphe 1 de l'arrêt rendu par le Tribunal fédéral le 25 février 1994 est annulé et remplacé par les termes suivants:

«1. Le recours, pour autant qu'il est recevable, est partiellement accueilli, et le paragraphe 1 du jugement rendu le 19 mars 1993 par le tribunal de commerce de Berne est ainsi modifié:

1. Il est fait *interdiction* au défendeur, sous peine des sanctions prévues à l'article 292 du code de procédure pénale et à l'article 403 du code de procédure

civile (emprisonnement ou amende allant jusqu'à 5 000 CHF, détention ou, dans des cas graves, emprisonnement allant jusqu'à un an), d'affirmer dans des déclarations à l'attention du grand public, sans invoquer les actuelles divergences d'opinions en la matière, qu'il est scientifiquement prouvé que les aliments préparés au four à micro-ondes [verboten, in *Verlautbarungen, die an weitere Bevölkerungskreise gerichtet sind, ohne Hinweis auf den herrschenden Meinungsstreit als wissenschaftlich gesichert darzustellen, dass im Mikrowellenherd zubereitete Speisen (...)*], sont dangereux pour la santé et provoquent dans le sang de ceux qui les consomment des altérations traduisant un trouble pathologique et donnant une image qui pourrait indiquer le début d'une évolution cancérigène.

Le jugement du tribunal de commerce est confirmé pour le surplus.»

2. Les autres demandes de révision sont rejetées.
3. Les frais de procédure, d'un montant de 5 000 CHF, sont répartis à hauteur de 3 500 CHF pour l'appelant et de 1 500 CHF pour la défenderesse.
4. L'appelant doit verser à la défenderesse une indemnité de 2 500 CHF.
5. Le présent arrêt sera communiqué par écrit aux parties et au tribunal de commerce de Berne.»

### 3. *La résolution du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe du 2 octobre 2000*

Le 2 octobre 2000, le Comité des Ministres adopta lors de la 721<sup>e</sup> réunion des Délégués des Ministres la résolution suivante :

*« Résolution ResDH(2000)122 relative à l'arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 25 août 1998 dans l'affaire Hertel c. Suisse*

Le Comité des Ministres, en vertu de l'article 54 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (ci-après dénommée « la Convention »),

Vu l'arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme rendu le 25 août 1998 dans l'affaire Hertel et transmis à la même date au Comité des Ministres ;

Rappelant qu'à l'origine de cette affaire se trouve une requête (n° 25181/94) dirigée contre la Suisse, introduite devant la Commission européenne des Droits de l'Homme le 13 septembre 1994 en vertu de l'article 25 de la Convention, par M. Hans Ulrich Hertel, ressortissant suisse, et que la Commission a déclaré recevables les griefs du requérant tirés des articles 10, 8 et 6, paragraphe 1, de la Convention, griefs relatifs à l'interdiction faite au requérant de publier les résultats de ses recherches sur la nocivité pour la santé humaine des fours à micro-ondes ;

Rappelant que l'affaire a été portée devant la Cour par le requérant le 29 mai 1997, puis les 3 juin et 15 juillet 1997 respectivement par la Commission et le Gouvernement de la Suisse ;

Considérant que, dans son arrêt du 25 août 1998, la Cour :

– a dit, par six voix contre trois, qu'il y avait eu violation de l'article 10 de la Convention ;

– a dit, à l'unanimité, qu'il n'y avait pas lieu d'examiner les griefs tirés des articles 6, paragraphe 1, et 8 de la Convention;

– a dit, par huit voix contre une, que le Gouvernement de l'Etat défendeur devait verser au requérant, dans les trois mois, 40000 francs suisses au titre des frais et dépens et que ce montant serait à majorer d'un intérêt simple de 5 % l'an à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement;

– a rejeté, à l'unanimité, les prétentions du requérant pour le surplus;

Vu les Règles adoptées par le Comité des Ministres relatives à l'application de l'article 54 de la Convention;

Ayant invité le Gouvernement de l'Etat défendeur à l'informer des mesures prises à la suite de l'arrêt du 25 août 1998, eu égard à l'obligation qu'a la Suisse de s'y conformer selon l'article 53 de la Convention;

Considérant que lors de l'examen de cette affaire par le Comité des Ministres, le Gouvernement de l'Etat défendeur a donné à celui-ci des informations sur les mesures prises permettant d'éviter de nouvelles violations semblables à celle constatée dans le présent arrêt (ces informations sont résumées dans l'annexe à la présente résolution);

S'étant assuré que le 20 octobre 1998, dans le délai imparti, le Gouvernement de l'Etat défendeur a versé au requérant la somme prévue dans l'arrêt du 25 août 1998;

Ayant noté que le requérant a saisi la Cour européenne des Droits de l'Homme d'une nouvelle requête (n° 53440/99) au sujet des restrictions encore applicables après l'arrêt en révision du Tribunal fédéral du 2 mars 1999 (voir, notamment, les informations fournies par le Gouvernement ci-dessous) et que la Cour reste compétente pour en évaluer la compatibilité avec la Convention,

Considère qu'il n'est pas nécessaire, dans les circonstances de cette affaire, que le Comité des Ministres poursuive l'examen de cette dernière question dans le cadre de la présente procédure de contrôle d'exécution;

Déclare, au vu de ces considérations et ayant pris connaissance des informations fournies par le Gouvernement de la Suisse, qu'il a rempli ses fonctions en vertu de l'article 54 de la Convention dans la présente affaire.

*Annexe à la Résolution ResDH(2000)122*

*Informations fournies par le Gouvernement de la Suisse lors de l'examen de l'affaire Hertel par le Comité des Ministres*

L'arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme dans l'affaire Hertel a été porté à l'attention du Tribunal fédéral et des extraits ont été publiés notamment dans le *Journal des Tribunaux – Droit européen* (n° 52, octobre 1998, pages 188-190).

Afin de faire effacer les conséquences de la violation constatée par la Cour européenne des Droits de l'Homme, le requérant a introduit devant le Tribunal fédéral suisse une demande en révision sur la base de l'article 139.a.1 de la loi fédérale suisse d'organisation judiciaire, qui prévoit la possibilité de révision pour donner effet aux arrêts de la Cour de Strasbourg. Dans son arrêt du 2 mars 1999, le Tribunal fédéral a pris note de la violation de la liberté d'expression du requérant constatée par la Cour européenne des Droits de l'Homme et a, par conséquent, modifié la décision attaquée en précisant le contenu et en atténuant la portée des restrictions à l'encontre de M. Hertel.

Ainsi, il est désormais précisé que les restrictions à la liberté du requérant de s'exprimer sur la nocivité des fours à micro-ondes ne s'appliquent que dans l'hypothèse où le requérant s'adresserait au grand public, sans se référer au caractère controversé de la question et en présentant la nocivité des fours à micro-ondes pour la santé humaine comme étant scientifiquement prouvée. Le Gouvernement de la Suisse considère que l'arrêt du Tribunal fédéral a remédié à la violation de l'article 10, en ce qui concerne la situation du requérant.

Le Gouvernement estime également que ces mesures préviennent pour le futur le risque de nouvelles violations semblables à celle constatée dans la présente affaire et que, par conséquent, la Suisse a rempli ses obligations en vertu de l'article 53 dans la présente affaire.»

## **B. Le droit interne pertinent**

### *1. La loi fédérale contre la concurrence déloyale*

La loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD) dispose en ses articles 1<sup>er</sup>, 2 et 3 a) que :

#### **Article premier**

«La présente loi vise à garantir, dans l'intérêt de toutes les parties concernées, une concurrence loyale qui ne soit pas faussée.»

#### **Article 2**

«Est déloyal et illicite tout comportement [*Verhalten*] ou pratique commercial[e] [*Geschäftsgebaren*] qui est trompeur ou qui contrevient de toute autre manière aux règles de la bonne foi et qui influe sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients.»

#### **Article 3**

«Agit de façon déloyale celui qui, notamment :

a. Dénigre autrui, ses marchandises, ses œuvres, ses prestations, ses prix ou ses affaires par des allégations inexactes, fallacieuses ou inutilement blessantes ;

(...)»

### *2. La loi fédérale d'organisation judiciaire*

Les articles 136 et suivants de la loi fédérale d'organisation judiciaire portent notamment sur la révision des arrêts. L'article 139a, intitulé «Violation de la Convention européenne des droits de l'homme», se lit ainsi :

«1. La demande de révision d'un arrêt du Tribunal fédéral ou d'une décision d'une autorité inférieure est recevable lorsque la Cour européenne des droits de l'homme ou le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a admis le bien-fondé d'une requête

individuelle pour violation de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, du 4 novembre 1950, ou de ses protocoles et que réparation ne peut être obtenue que par la voie de la révision.

2. Si le Tribunal fédéral constate qu'une révision s'impose mais qu'elle est de la compétence d'une autorité inférieure, il renvoie l'affaire à cette dernière pour qu'elle mette en œuvre la procédure de révision.

3. L'autorité cantonale est tenue d'entrer en matière sur la demande de révision même si le droit cantonal ne prévoit pas ce motif de révision.»

## GRIEFS

1. Le requérant se plaint sous l'angle des articles 8 et 10 de la Convention de l'interdiction qui restreint sa liberté d'information, en particulier du fait qu'il n'est pas autorisé à «affirmer dans des déclarations à l'attention du grand public, sans invoquer les actuelles divergences d'opinions en la matière, que [les dangers des micro-ondes sont] scientifiquement prouvés». Il se plaint également de l'interdiction qui lui est faite d'utiliser le symbole de la Faucheuse, tout en rappelant, comme la Cour l'a dit au paragraphe 48 de son arrêt susmentionné, qu'il ne pouvait être tenu pour responsable de l'usage qui en a été fait dans le numéro 19 du *Journal Franz Weber*.

Le requérant réitère les griefs qu'il a soulevés dans sa requête n° 25181/94, en particulier que l'interdiction n'a ni base légale ni but légitime, et qu'elle était disproportionnée. A son sens, on ne saurait attacher à une restriction à la liberté d'information en vertu de la liberté d'information garantie par l'article 10 de la Convention la condition que les publications en question soient «adressées au grand public». En outre, ce serait tourner en ridicule l'arrêt précédent de la Cour que de l'obliger à invoquer désormais, dans ses publications, les «actuelles divergences d'opinions en la matière».

2. Sur le terrain de l'article 6 § 1 de la Convention, le requérant se plaint de ne pas avoir eu la possibilité de commenter la modification apportée à l'interdiction, telle qu'exprimée dans l'arrêt rendu le 2 mars 1999 par le Tribunal fédéral, lequel, par ailleurs, n'a pas tenu d'audience.

## EN DROIT

1. Invoquant l'article 10, le requérant se plaint de l'interdiction dont le Tribunal fédéral l'a frappé dans son arrêt du 2 mars 1999. Aux termes de l'article 10:

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

frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.»

La Cour relève qu'il est fait interdiction au requérant, sous peine de sanctions, d'affirmer dans des déclarations à l'attention du grand public que les dangers des fours à micro-ondes sont scientifiquement prouvés sans invoquer les actuelles divergences d'opinions en la matière, ainsi que de se servir du symbole de la Faucheuse. De l'avis de la Cour, l'injonction constitue une ingérence d'une autorité publique dans l'exercice des droits que l'article 10 § 1 de la Convention reconnaît au requérant. La Cour est donc appelée à examiner si cette ingérence se justifie au regard de l'article 10 § 2.

La Cour rappelle qu'elle a estimé dans son précédent arrêt que l'interdiction litigieuse, qui se fondait sur les articles 2 et 3 a) de la LCD, était « prévue par la loi » au sens de l'article 10 § 2 de la Convention (*Hertel* précité, pp. 2325-2327, §§ 32-38). De plus, elle poursuivait un but légitime en ce qu'elle tendait à la « protection (...) des droits d'autrui » au sens de cette disposition (*ibidem*, pp. 2327-2328, §§ 38-42).

Reste à déterminer si l'ingérence était « nécessaire, dans une société démocratique », au sens de l'article 10 § 2 de la Convention. A cet égard, la Cour a exposé dans son précédent arrêt les principes suivants :

« i. La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10, elle vaut non seulement pour les « informations » ou « idées » accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent : ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de « société démocratique ». Telle que la consacre l'article 10, elle est assortie d'exceptions qui appellent toutefois une interprétation étroite, et le besoin de la restreindre doit se trouver établi de manière convaincante (...)

ii. L'adjectif « nécessaire », au sens de l'article 10 § 2, implique un « besoin social impérieux ». Les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence d'un tel besoin, mais elle se double d'un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, même quand elles émanent d'une juridiction indépendante. La Cour a donc compétence pour statuer en dernier lieu sur le point de savoir si une « restriction » se concilie avec la liberté d'expression que protège l'article 10.

iii. La Cour n'a point pour tâche, lorsqu'elle exerce son contrôle, de se substituer aux juridictions internes compétentes, mais de vérifier sous l'angle de l'article 10 les

décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation. Il ne s'ensuit pas qu'elle doive se borner à rechercher si l'Etat défendeur a usé de ce pouvoir de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable : il lui faut considérer l'ingérence litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire pour déterminer si elle était « proportionnée au but légitime poursuivi » et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent « pertinents et suffisants » (...) Ce faisant, la Cour doit se convaincre que les autorités nationales ont appliqué des règles conformes aux principes consacrés à l'article 10 et ce, de surcroît, en se fondant sur une appréciation acceptable des faits pertinents (...) » (*ibidem*, pp. 2329-2330, § 46)

Quant à la marge d'appréciation des autorités, elle est particulièrement indispensable en matière commerciale. Il y a toutefois lieu de relativiser l'ampleur de celle-ci lorsque, comme en l'espèce, est en jeu non le discours strictement commercial de tel individu mais sa participation à un débat touchant à l'intérêt général. A cet égard, la Cour a estimé dans son arrêt précédent que les autorités suisses disposaient d'une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence d'un « besoin social impérieux » de faire au requérant l'interdiction en question (*ibidem*, p. 2330, § 47).

Afin d'examiner si, en l'espèce, les mesures litigieuses étaient proportionnées au but poursuivi, il incombe à la Cour de mettre en balance les exigences de la protection des droits des membres de la FAE et la liberté d'expression du requérant.

Pour peser les intérêts en présence, la Cour doit tout d'abord déterminer la gravité de l'atteinte aux droits du requérant. Elle rappelle que l'intéressé a précédemment fait l'objet d'une interdiction générale de publier ses idées, sauf dans les milieux de recherche scientifique. Dans son arrêt, la Cour a estimé qu'une telle mesure avait trait « à la substance même de la thèse défendue par le requérant. La mesure en cause a ainsi pour effet de censurer partiellement les travaux de ce dernier et de limiter grandement son aptitude à exposer publiquement une thèse qui a sa place dans un débat public dont l'existence ne peut être niée » (*Hertel* précité, pp. 2231-2332, § 50).

La présente affaire se distingue en ce que la prohibition litigieuse, qui résulte de l'arrêt du 2 mars 1999 du Tribunal fédéral, n'impose plus au requérant une interdiction générale de diffuser ses idées. Au contraire, il jouit d'une totale liberté de formuler des déclarations sur les effets dangereux de l'usage des fours à micro-ondes. La seule restriction est qu'il lui est interdit, lorsqu'il tient de tels propos à l'attention du grand public, d'invoquer des résultats scientifiquement prouvés sans également faire référence aux « actuelles divergences d'opinions ».

De l'avis de la Cour, cette restriction aux droits du requérant au regard de l'article 10 de la Convention reste mineure et ne porte plus atteinte de manière importante à son aptitude à exposer publiquement ses idées.

Certes, le requérant ne peut toujours pas, en vertu de l'interdiction litigieuse, se servir du symbole de la Faucheuse. Toutefois, la Cour relève que l'intéressé lui-même a fait valoir devant la Cour (*ibidem*, pp. 2330-2331, § 48) qu'il n'était en fait pas responsable de l'utilisation de ce symbole dans le numéro 19 du *Journal Franz Weber*. Dès lors, la restriction aux droits du requérant au regard de l'article 10 demeure mineure de ce point de vue également.

La Cour en vient à examiner les intérêts de la FAE. Elle estime que l'association a un intérêt légitime à maintenir une situation de concurrence loyale. Dès lors, il n'apparaît pas abusif de déclarer, comme l'a fait le Tribunal fédéral dans son arrêt du 2 mars 1999, que l'obligation d'invoquer les «actuelles divergences d'opinions» permet d'éviter des déclarations inexactes, fallacieuses ou inutilement blessantes, et donc déloyales, touchant à la position de la FAE au regard de la concurrence.

Eu égard aux restrictions comparativement mineures apportées aux droits garantis au requérant par l'article 10 de la Convention, à la marge d'appréciation laissée aux autorités internes en pareil cas et au soin avec lequel le Tribunal fédéral a pesé les intérêts en jeu dans son arrêt du 2 mars 1999, la Cour estime que l'ingérence dans l'exercice par le requérant de ses droits au regard de l'article 10 était proportionnée aux buts légitimes poursuivis et pouvait donc raisonnablement être tenue pour «nécessaire dans une société démocratique» au sens du paragraphe 2 de cette disposition.

Pour autant que le requérant invoque également l'article 8 en ce qui concerne ces griefs, la Cour considère qu'aucune question ne se pose sous l'angle de cette disposition.

Il s'ensuit que cette partie de la requête est manifestement mal fondée au sens de l'article 35 § 3 et doit donc être rejetée en application de l'article 35 § 4 de la Convention.

2. Le requérant se plaint en outre de l'iniquité de la procédure devant le Tribunal fédéral. Il invoque l'article 6 § 1 de la Convention, dont le passage pertinent est 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 (...)»

La Cour n'est pas appelée à examiner si cette disposition était applicable à la procédure litigieuse, les griefs étant quoi qu'il en soit irrecevables pour les raisons suivantes.

Pour autant que le requérant se plaint de ne pas avoir bénéficié d'une audience devant le Tribunal fédéral, la Cour relève que l'intéressé n'a pas présenté une telle requête dans la demande en révision dont il a saisi le Tribunal fédéral le 20 octobre 1998. On peut donc considérer qu'il a



renoncé sans équivoque à son droit à une audience publique devant cette juridiction (voir *Schuler-Zraggen c. Suisse*, arrêt du 24 juin 1993, série A n° 263, p. 20, § 58).

Quant au grief du requérant selon lequel il n'a pas eu la possibilité de formuler des observations sur la nouvelle interdiction prononcée par le Tribunal fédéral dans son arrêt du 2 mars 1999, la Cour rappelle que le droit à une procédure contradictoire implique en principe la faculté pour les parties à un procès de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge, et de la discuter (arrêts *Lobo Machado c. Portugal* et *Vermeulen c. Belgique*, 20 février 1996, *Recueil* 1996-I, pp. 206-207, § 31, et p. 234, § 33, respectivement). En l'espèce, la Cour est convaincue que le requérant a eu la possibilité, dans sa demande en révision présentée le 20 octobre 1998, de discuter tous les aspects de l'affaire, en particulier toutes les incidences de l'arrêt rendu le 25 août 1998 sur l'interdiction qui lui a été imposée.

Il s'ensuit que la requête, pour le surplus, est également manifestement mal fondée au sens de l'article 35 § 3 et doit être rejetée en application de l'article 35 § 4 de la Convention.

Par ces motifs, la Cour, à l'unanimité,

*Déclare* la requête irrecevable.

PUBLICATIONS DE LA COUR EUROPÉENNE  
DES DROITS DE L'HOMME

PUBLICATIONS OF THE EUROPEAN COURT  
OF HUMAN RIGHTS

REPORTS  
OF JUDGMENTS AND DECISIONS

RECUEIL  
DES ARRÊTS ET DÉCISIONS

*Morris c. Royaume-Uni*, n° 38784/97, CEDH 2002-I

#### ERRATUM

A la page 452, lire ainsi la deuxième phrase du paragraphe 75 :

« La Cour est notamment préoccupée par le fait que fût laissée à l'appréciation de l'autorité de contrôle la question de savoir si la nouvelle peine éventuellement infligée par celle-ci était plus ou moins lourde que celle antérieurement prononcée par la cour martiale. »