

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



REPORTS  
OF JUDGMENTS AND DECISIONS

RECUEIL  
DES ARRÊTS ET DÉCISIONS

2003-XII

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

CARL HEYMANNS VERLAG KG · KÖLN · BERLIN · MÜNCHEN

*Internet addresses of the Court/Adresses Internet de la Cour*

E-mail: [dhcour@echr.coe.int](mailto:dhcour@echr.coe.int)

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

---

The Publisher/L'éditeur

Carl Heymanns Verlag KG  
Luxemburger Straße 449  
D-50939 Köln

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

*Belgium/Belgique*

Etablissements Emile Bruylant  
67, rue de la Régence  
B-1000 Bruxelles

*Luxembourg*

Librairie Promoculture  
14, rue Duscher (place de Paris)  
B.P. 1142  
L-1011 Luxembourg-Gare

*The Netherlands/Pays-Bas*

B.V. Juridische Boekhandel & Antiquariaat A. Jongbloed & Zoon  
Noordeinde 39  
NL-2514 GC La Haye/'s-Gravenhage

2005 ISBN 3-452-25981-1

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>M.C. v. Bulgaria</i> , no. 39272/98, judgment of 4 December 2003 ...	1
<i>M.C. c. Bulgarie</i> , n° 39272/98, arrêt du 4 décembre 2003 .....	45
<i>Krone Verlag GmbH &amp; Co. KG v. Austria (no. 3)</i> , no. 39069/97, judgment of 11 December 2003 .....	91
<i>Krone Verlag GmbH &amp; Co. KG c. Autriche (n° 3)</i> , n° 39069/97, arrêt du 11 décembre 2003 .....	105
<i>Yankov v. Bulgaria</i> , no. 39084/97, judgment of 11 December 2003 (extracts) .....	119
<i>Yankov c. Bulgarie</i> , n° 39084/97, arrêt du 11 décembre 2003 (extraits) .....	131
<i>Cooper v. the United Kingdom [GC]</i> , no. 48843/99, judgment of 16 December 2003 .....	145
<i>Cooper c. Royaume-Uni [GC]</i> , n° 48843/99, arrêt du 16 décembre 2003 .....	195
<i>Grievs v. the United Kingdom [GC]</i> , no. 57067/00, judgment of 16 December 2003 (extracts) .....	247
<i>Grievs c. Royaume-Uni [GC]</i> , n° 57067/00, arrêt du 16 décembre 2003 (extraits) .....	275
<i>Palau-Martinez c. France</i> , n° 64927/01, arrêt du 16 décembre 2003	303
<i>Palau-Martinez v. France</i> , no. 64927/01, judgment of 16 December 2003 .....	321
<i>Loiseau c. France (déc.)</i> , n° 46809/99, 18 novembre 2003 (extraits)	341
<i>Loiseau v. France (dec.)</i> , no. 46809/99, 18 November 2003 (extracts) .....	351
<i>Zollmann v. the United Kingdom (dec.)</i> , no. 62902/00, 27 November 2003 .....	361
<i>Zollmann c. Royaume-Uni (déc.)</i> , n° 62902/00, 27 novembre 2003	383

<i>Schreiber et Boetsch c. France</i> (déc.), n° 58751/00, 11 décembre 2003	407
<i>Schreiber and Boetsch v. France</i> (dec.), no. 58751/00, 11 December 2003 .....	417
<i>Transado-Transportes Fluviais do Sado, S.A., c. Portugal</i> (déc.), n° 35943/02, 16 décembre 2003 .....	427
<i>Transado-Transportes Fluviais do Sado, S.A., v. Portugal</i> (dec.), no. 35943/02, 16 December 2003 .....	437

## Subject matter/Objet des affaires

### Article 3

- Shaving of detainee's head in conjunction with disciplinary sanction of solitary confinement  
*Yankov v. Bulgaria*, p. 119
- Rasage forcé du crâne d'un détenu à l'occasion d'une sanction disciplinaire de placement en isolement cellulaire  
*Yankov c. Bulgarie*, p. 131
- Adequacy of domestic law and practice in providing protection against non-consensual sexual acts  
*M.C. v. Bulgaria*, p. 1
- Adéquation de la protection prévue par le droit et la pratique internes contre les actes sexuels non consensuels  
*M.C. c. Bulgarie*, p. 45

### Article 6

#### Article 6 § 1

- Applicability of Article 6 to proceedings concerning disclosure of administrative documents  
*Loiseau v. France* (dec.), p. 351
- Applicabilité de l'article 6 à une procédure concernant la communication de documents administratifs  
*Loiseau c. France* (déc.), p. 341
- Applicability of Article 6 to a challenge procedure  
*Schreiber and Boetsch v. France* (dec.), p. 417
- Applicabilité de l'article 6 à une procédure en récusation  
*Schreiber et Boetsch c. France* (déc.), p. 407
- Parliamentary immunity attaching to allegedly defamatory statements made by a Minister of State in Parliament  
*Zollmann v. the United Kingdom* (dec.), p. 361
- Immunité parlementaire protégeant des propos prétendument diffamatoires tenus par un secrétaire d'Etat devant le Parlement  
*Zollmann c. Royaume-Uni* (déc.), p. 383
- Independence and impartiality of court-martial  
*Cooper v. the United Kingdom* [GC], p. 145  
*Grieves v. the United Kingdom* [GC], p. 247
- Indépendance et impartialité d'une cour martiale  
*Cooper c. Royaume-Uni* [GC], p. 195  
*Grieves c. Royaume-Uni* [GC], p. 275

**Article 6 § 2**

Parliamentary immunity attaching to allegedly defamatory statements made by a Minister of State in Parliament

*Zollmann v. the United Kingdom* (dec.), p. 361

Immunité parlementaire protégeant des propos prétendument diffamatoires tenus par un secrétaire d'Etat devant le Parlement

*Zollmann c. Royaume-Uni* (déc.), p. 383

**Article 8**

Adequacy of domestic law and practice in providing protection against non-consensual sexual acts

*M.C. v. Bulgaria*, p. 1

Adéquation de la protection prévue par le droit et la pratique internes contre les actes sexuels non consentuels

*M.C. c. Bulgarie*, p. 45

Refusal to grant custody of children to mother on account of her religion

*Palau-Martinez v. France*, p. 321

Attribution de la garde d'enfants refusée à une mère en raison de sa religion

*Palau-Martinez c. France*, p. 303

**Article 10**

Injunction prohibiting the publication of an advertisement unless a number of conditions were met

*Krone Verlag GmbH & Co. KG v. Austria* (no. 3), p. 91

Injonction interdisant de faire paraître une annonce publicitaire si un certain nombre de conditions ne sont pas respectées

*Krone Verlag GmbH & Co. KG c. Autriche* (n° 3), p. 105

**Article 14**

Refusal to grant custody of children to mother on account of her religion

*Palau-Martinez v. France*, p. 321

Attribution de la garde d'enfants refusée à une mère en raison de sa religion

*Palau-Martinez c. France*, p. 303

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

Interpretation by arbitration tribunal of clause in contract

*Transado-Transportes Fluviais do Sado, S.A., v. Portugal* (dec.), p. 437

Interprétation par un tribunal arbitral d'une clause d'un contrat

*Transado-Transportes Fluviais do Sado, S.A., c. Portugal* (déc.), p. 427



M.C. v. BULGARIA  
(*Application no. 39272/98*)

FIRST SECTION

JUDGMENT OF 4 DECEMBER 2003<sup>1</sup>

---

1. English original.



SUMMARY<sup>1</sup>**Adequacy of domestic law and practice in providing protection against non-consensual sexual acts****Articles 3 and 8**

*Inhuman and degrading treatment – Private life – Physical integrity – Sexual autonomy – Positive obligations – Adequacy of domestic law and practice in providing protection against non-consensual sexual acts – Historical requirement of proof of physical force in establishing offence of rape – General trend in European and other legal systems – Allegedly restrictive approach of domestic authorities to investigation and prosecution of rape – Obligation on authorities to conduct context-sensitive assessment of rape allegations and to verify all surrounding circumstances – Importance of issue of lack of consent in rape investigation – Deficiencies in investigation*

\*  
\*   \*

The applicant claimed that when she was 14 years and 10 months old, she was raped by two men, A. and P. According to the applicant, she had accepted an invitation to go with the two men, whom she knew, and a third man, V.A., to a disco bar in a nearby town. On their return journey, the men stopped for a swim at a reservoir, despite the applicant's objections. The applicant remained in the car. P. returned to the car alone and forced the applicant to have sexual intercourse. The group later went to the house of one of V.A.'s relatives, where A. forced her to have sexual intercourse. The next morning, the applicant's mother found her there and took her to hospital. The medical examiner found that the applicant's hymen had been freshly torn and that there were four small oval-shaped bruises and grazing on her neck. The district prosecutor opened a criminal investigation. P. and A. maintained that the applicant had fully consented to sexual intercourse with them. The district prosecutor considered that the investigation had not been objective and ordered a further investigation. The investigator obtained expert opinions from a psychologist and a psychiatrist, who considered that the applicant was likely to have been overwhelmed by an internal conflict between a natural sexual interest and a sense that the act was reprehensible, which had reduced her ability to resist and to defend herself. The investigator did not consider that these reports affected his earlier conclusion. On his proposal, the district prosecutor terminated the criminal proceedings on the grounds that there was insufficient proof of physical force or threats and, in particular, that no resistance on the applicant's part had been established. The applicant's appeals were unsuccessful.

---

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

*Held*

Articles 3 and 8: States have a positive obligation inherent in these provisions to enact criminal-law provisions effectively punishing rape and to apply them in practice through effective investigation and prosecution. While, historically, proof of physical force and physical resistance was required in the domestic law and practice of a number of countries, there has been a clear and steady trend in Europe and other parts of the world towards no longer requiring physical resistance as an element of the offence of rape. The Court was therefore persuaded that requiring proof of physical resistance in all circumstances risked leaving certain types of rape unpunished and thus jeopardising the effective protection of the individual's sexual autonomy. The State's positive obligations must therefore be seen as requiring the penalisation and effective prosecution of any non-consensual sexual act, even in the absence of physical resistance. In the present case, the Court's task was limited to examining whether the legislation and practice and their application, together with the alleged shortcomings in the investigation, had such significant flaws as to amount to a breach of the State's positive obligations; the Court could not replace the domestic authorities in their assessment of the facts or decide on the criminal responsibility of the alleged perpetrators. It was not required to seek any conclusive answers with regard to the applicant's allegations of a restrictive approach by the Bulgarian authorities to the prosecution of rape in general; it was sufficient that the allegations were based on reasonable arguments and had not been disproved by the Government. The Court recognised that the authorities had faced a difficult task, as they were confronted with two conflicting versions of the events and little "direct" evidence, and it did not underestimate the efforts of the investigator and prosecutors. It considered, nonetheless, that the authorities had failed to conduct a context-sensitive assessment of the credibility of the statements made and to verify all the surrounding circumstances. While in practice it may be difficult to prove lack of consent in the absence of "direct" proof, the authorities must nevertheless explore all the facts and decide on the basis of an assessment of all the surrounding circumstances. Moreover, the investigation must be centred on the issue of lack of consent. In the present case, the failure of the authorities to investigate sufficiently was the result of their putting undue emphasis on "direct" proof. Their approach was thus restrictive, practically elevating "resistance" to the status of defining element of the offence. Taking into account other deficiencies in the investigation, including significant delays, the effectiveness of the investigation fell short of the requirements inherent in the State's positive obligations to establish and apply effectively a criminal-law system punishing all forms of rape and sexual abuse.

*Conclusion:* violation (unanimously).

Article 41: The Court made awards in respect of non-pecuniary damage and in respect of costs and expenses.

**Case-law cited by the Court**

*X and Y v. the Netherlands*, judgment of 26 March 1985, Series A no. 91

*A. v. the United Kingdom*, judgment of 23 September 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VI

*Osman v. the United Kingdom*, judgment of 28 October 1998, *Reports* 1998-VIII  
*Assenov and Others v. Bulgaria*, judgment of 28 October 1998, *Reports* 1998-VIII  
*Z and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 29392/95, ECHR 2001-V  
*Calvelli and Ciglio v. Italy* [GC], no. 32967/96, ECHR 2002-I  
*Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, ECHR 2002-VI  
*E. and Others v. the United Kingdom*, no. 33218/96, 26 November 2002



**In the case of M.C. v. Bulgaria,**

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

Mr C.L. ROZAKIS, *President*,  
Mrs F. TULKENS,  
Mrs N. VAJIĆ,  
Mr E. LEVITS,  
Mrs S. BOTOCHAROVA,  
Mr A. KOVLER,  
Mr V. ZAGREBELSKY, *judges*,  
and Mr S. NIELSEN, *Deputy Registrar*,

Having deliberated in private on 13 November 2003,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 39272/98) against the Republic of Bulgaria 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 Bulgarian national, M.C. (“the applicant”), on 23 December 1997. In the proceedings before the Court, the President of the Chamber acceded to the applicant’s request not to have her name disclosed (Rule 47 § 3 of the Rules of Court).

2. The applicant, who had been granted legal aid, was represented by Mr Y. Grozev, a lawyer practising in Sofia. Mr Grozev submitted a power of attorney dated 27 November 1997, signed by the applicant and her mother. The Bulgarian Government (“the Government”) were represented by their Agents, Ms V. Djidjeva, Ms M. Dimova and Ms M. Kotzeva, of the Ministry of Justice.

3. The applicant alleged violations of her rights under Articles 3, 8, 13 and 14 of the Convention in that domestic law and practice in rape cases and the investigation into the rape of which she had been a victim did not secure the observance by the respondent State of its positive obligation to provide effective legal protection against rape and sexual abuse.

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 initially allocated to the Fourth Section of the Court (Rule 52 § 1).

6. On 1 November 2001 the Court changed the composition of its Sections (Rule 25 § 1). This case was assigned to the newly composed First Section (Rule 52 § 1). Within that Section, the Chamber that would

consider the case (Article 27 § 1 of the Convention) was constituted as provided in Rule 26 § 1.

7. By a decision of 5 December 2002, the Chamber declared the application admissible.

8. The applicant and the Government each filed observations on the merits (Rule 59 § 1). The Chamber decided, after consulting the parties, that no hearing on the merits was required (Rule 59 § 3 *in fine*). In addition, third-party comments were received from Interights, a non-governmental organisation based in London, which had been given leave by the President to intervene in the written procedure (Article 36 § 2 of the Convention and former Rule 61 § 3).

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

9. The applicant is a Bulgarian national who was born in 1980.

10. She alleged that she had been raped by two men on 31 July and 1 August 1995, when she was 14 years and 10 months old. The ensuing investigation came to the conclusion that there was insufficient proof of the applicant having been compelled to have sex.

#### **A. The events of the night of 31 July to 1 August 1995**

##### *1. The evening of 31 July*

11. On 31 July 1995 the applicant and a friend of hers had been waiting to enter a disco bar in the town of K., when three men, P. (21 years old at the time), A. (20 years old at the time) and V.A. (age not specified), arrived in a car owned by P. The applicant knew P. and A. She had met P. in the same disco bar and had danced with him once. A. was the older brother of a classmate of hers.

12. A. invited the applicant to go with him and his friends to a disco bar in a small town 17 km away. According to the applicant, she agreed on condition that she would be back home before 11 p.m.

13. In the bar, one or two of the group had drinks. The applicant saw some friends, with whom she had a short chat. According to the applicant, she repeatedly told the others it was time to leave, as it was getting late.

14. At some time late in the evening, the group left and headed back to K. On the way, they were briefly stopped and checked by traffic police.

15. A. then suggested stopping for a swim at a nearby reservoir. According to the applicant, they went there despite her objections. She submitted that she had not suspected the men's intentions.



## *2. Events at the reservoir*

16. At the reservoir, the applicant remained in the car, in the front passenger seat, saying that she was not interested in swimming. The three men headed towards the water. Soon afterwards, P. came back and sat in the front seat next to the applicant.

17. In her statements to the investigating authorities, the applicant submitted that P. had then pressed his body against hers, proposed that they “become friends” and started kissing her. The applicant had refused his advances and had asked him to leave. P. had persisted in kissing her while she had tried to push him back. He had then moved the car seat back to a horizontal position, grabbed her hands and pressed them against her back. The applicant had been scared and at the same time embarrassed by the fact that she had put herself in such a situation. She had not had the strength to resist violently or scream. Her efforts to push P. back had been unsuccessful, as he had been far stronger. P. had undressed her partially and had forced her to have sexual intercourse with him.

18. In her testimony, the applicant stated: “It was my first time and it hurt a lot. I felt sick and I wanted to throw up. I started crying.”

19. According to P.’s statements, he had had sex with the applicant in the car with her full consent. He had started kissing her, she had responded, and he had tried unsuccessfully to unbutton her jeans or loosen her belt, whereupon she had done so herself and had taken off her pants.

20. After P. had finished, he left the car and walked towards A. and V.A. In his submissions to the police, A said that P. had told them that he had “shagged” the applicant. Shortly afterwards, the three men returned to the car and the group drove off.

21. In her submissions to the investigator, the applicant stated that she had later come to suspect that the three men had planned to have sex with her and had invented the pretext of swimming to drive to a deserted area. In particular, she did not remember A. and V.A. being wet when they had come back to the car, although they had insisted on going to the reservoir for a swim.

## *3. The alleged second rape*

22. The applicant later testified that after the first rape she had been very disturbed and had cried most of the time. According to the version of events given by P. and A. when later questioned, the applicant had been in an excellent mood, had started caressing A., which had irritated P., and had asked to go to a bar or a restaurant. The group had gone to a restaurant, where the applicant had briefly talked with a Ms T., the singer performing there. Ms T. had been sitting at a table there with one Mr M.

23. Ms T., the singer, stated that on 1 August 1995 she had been in the restaurant with Mr M. Shortly after midnight the applicant, whom she

knew vaguely, had approached her and asked whether her group would be performing in the next few days. Ms T. recalled having seen at that moment a man waiting at the door. Having heard the answer to her question, the applicant had left. Ms T. stated that the applicant had appeared cheerful and that there had been nothing unusual in her behaviour.

24. Mr M. was also questioned by the police. He stated that he knew the applicant very well and that he did not remember having seen her that night.

25. The applicant disputed the statements of P., A., V.A. and Ms T., maintaining that there had been no visit to a restaurant and that she did not know Ms T. The applicant and her mother later accused Ms T. of perjury (see paragraphs 66-68 below).

26. Instead of returning to K., at around 3 a.m. the group went to a neighbouring town, where V.A.'s relatives had a house. A., V.A. and the applicant got out of the car. P., who was the owner of the car, drove off.

27. The three men and a baker, Mr S., called by them as a witness, later maintained that in the meantime there had been a short stop at Mr S.'s bakery. Mr S. allegedly had the key to the house. Mr S., when interrogated, stated that at about 2 a.m. he had given the key to V.A. and had seen the applicant waiting in the car, apparently in a good mood. Loud music had been coming from the car. The applicant disputed that there had been any visit to a baker's shop and accused the baker of perjury. P., A. and V.A. submitted in their statements that they had decided to go to the house as the applicant had told them that she had quarrelled with her mother and did not want to go back home.

28. The applicant stated to the police that she had felt helpless and in need of protection. As A. was the brother of a classmate of hers, she had expected such protection from him and had followed him and V.A. into a room on the ground floor of the house.

29. There was one bed in the room and the applicant sat on it. The two men smoked and talked for a while. V.A. then left the room.

30. The applicant maintained that at that point A. had sat next to her, pushed her down onto the bed, undressed her and forced her to have sex with him. The applicant had not had the strength to resist violently. She had only begged the man to stop. She later related in her statement:

"I started crying and asked him to stop ... He started caressing my breasts and sucking my neck ... At some point he took my jeans and my pants off with his feet. Then he spread my legs apart with his legs and forced his way into me ... [After he finished] I started crying and I continued crying until some time in the morning, when I fell asleep ... [V.A.] woke me up telling me that [A.] had gone to find a car to drive me back to K. I sat on the bed and started crying."

31. A.'s position before the police was that he had had sex with the applicant with her full consent.

#### *4. The morning of 1 August 1995*

32. On the following morning at around 7 a.m., the applicant's mother found her daughter in the house of V.A.'s relatives. The applicant's mother stated that, having learned from neighbours that her daughter had been seen the previous evening with A., she had been on her way to A.'s house when she had met V.A. in the street. V.A. had allegedly tried to mislead the applicant's mother in an effort to gain time and warn A. However, she had insisted.

33. The applicant and her mother maintained in their submissions during the investigation that the applicant had told her mother right away that she had been raped. A. had also been there. He had told the applicant's mother that "a truck driver" had had sex with her daughter the previous night.

34. According to A.'s version of events, the applicant and her mother had quarrelled, the applicant allegedly refusing to go with her and telling her to go away. A neighbour, apparently named as a witness by A. or V.A., stated that he had heard the quarrel and, in particular, the refusal of the applicant to leave with her mother and her saying that nothing had happened to her. The applicant accused the witness of perjury.

35. The applicant and her mother went directly to the local hospital, where they were directed to see a forensic medical examiner. The applicant was examined at about 4 p.m.

36. The medical examiner found that the hymen had been freshly torn. He also noted grazing on the applicant's neck, measuring 35 mm by 4 mm, and four small oval-shaped bruises. As noted in the medical certificate, the applicant had reported only one rape, stating that it had occurred between 10.30 and 11 p.m. the previous day at the reservoir.

#### **B. Events between 1 and 11 August 1995**

37. The applicant submitted that during the next few days she had refused to talk to her mother about the incident. She had given no details and had not mentioned the second rape at all. She explained that she lived in a conservative small-town environment where virginity was considered to be an asset for marriage. She felt ashamed of the fact that she had "failed to protect her virginity" and of "what people would say about it".

38. On the first evening after the events, on 1 August 1995, P. visited the applicant's family. The applicant and her mother stated that that evening P. had begged for forgiveness and had claimed that he would marry the applicant when she came of age. The applicant's mother had considered that accepting the offer would be reasonable in the circumstances. This had influenced the initial behaviour of the applicant, who had accepted her mother's idea of minimising the damage.

39. On one of the following evenings, the applicant went out with P. and some of his friends.

40. P. and V.A., the latter claiming that he had been with P. during the visit to the applicant's house on the evening of 1 August 1995, stated that the applicant's mother had told them that "all pleasure must be paid for" and had tried to extort money from them.

41. P.'s grandmother also made a statement to the police. She asserted that on an unspecified date the applicant's mother had visited her, trying to extort money.

42. With regard to that visit and other relevant events, Mrs D., a neighbour and friend of the applicant's mother, stated that the applicant's mother had been very upset about the events and had agreed to her daughter going out with P. as he had maintained that he loved the applicant. The applicant's mother had nevertheless decided to talk to P.'s parents. On an unspecified date Mrs D. and another neighbour had approached the house of P.'s family, but his grandmother had told them to go away, stating that the applicant had slept not only with P. but also with A. At that moment A. had arrived. Mrs D. had asked him whether it was true that he had slept with the applicant. He had confirmed that it was true, adding that he had the money and power to do as he pleased. Until then, the applicant's mother had not known about the second rape.

43. The applicant submitted that a visit by A.'s father on 8 August 1995 had caused her to break down. She had then confided to her mother about the second rape. On 10 August 1995 the applicant's father returned home, after being absent for several days. The family discussed the matter and decided to file a complaint. The applicant's mother did so on 11 August 1995.

### **C. The investigation**

#### *1. The initial police inquiry*

44. On 11 August 1995 the applicant made a written statement about the events of 31 July and 1 August. On the same day P. and A. were arrested and made written statements. They claimed that the applicant had had sexual intercourse with them of her own free will. The two men were released. Written statements were also made by V.A. and a person who lived next to the house where the second alleged rape had taken place. On 25 August 1995 a police officer drew up a report and forwarded the file to the competent prosecutor.

45. On 14 November 1995 the district prosecutor opened a criminal investigation into the alleged rape and referred the case to an investigator. No charges were brought.

46. No action was taken on the case between November 1995 and November 1996.

2. *The proceedings in relation to the complaints by P. and A. alleging perjury*

47. On 24 August 1995 P. and A. filed complaints with the district prosecutor's office, stating that the applicant and her mother had been harassing them by making false public accusations.

48. On the basis of these complaints, on 28 August 1995, the district prosecutor ordered a police inquiry. In September and October 1995 several persons were heard and made written statements.

49. On 25 October 1995 a police officer drew up a report apparently accrediting the allegations of P. and A. and disbelieving the version of the facts as submitted by the applicant and her mother.

50. On 27 October 1995 the file was transmitted to the district prosecutor's office with jurisdiction to decide whether or not to institute criminal proceedings against the applicant and her mother. It appears that the matter was left hanging and no decision was taken.

3. *The resumed investigation into the rape case*

51. Between 2 November and 9 December 1996 the investigator questioned the applicant, her mother and other witnesses. P. and A. were heard as witnesses.

52. The applicant gave a detailed account of the facts, repeating that P. had overcome her resistance by pressing her against the car seat and twisting her hands, and that thereafter she had been in a state of shock and unable to resist A.

53. In his evidence, P. claimed that the applicant had actively responded to his advances. He also asserted that the applicant had spoken with Mr M. at the restaurant they had allegedly gone to after having sex.

54. Both A. and P. stated, *inter alia*, that shortly after having sex with P. at the reservoir, the applicant had started caressing A. in the car.

55. On 18 December 1996 the investigator completed his work on the case. He drew up a report stating that there was no evidence that P. and A. had used threats or violence, and proposed that the prosecutor close the case.

56. On 7 January 1997 the district prosecutor ordered an additional investigation. The order stated that the initial investigation had not been objective, thorough or complete.

57. On 16 January 1997 the investigator to whom the case had been referred appointed a psychiatrist and a psychologist to answer several questions. The experts were asked, *inter alia*, whether it was likely that the applicant would have spoken calmly with Ms T., the singer at the restaurant, and then listened to music in the car, if she had just been

raped and whether it was likely that several days after the alleged rape the applicant would have gone out with the person who had raped her.

58. The experts considered that, owing to her naivety and inexperience, the applicant had apparently not considered the possibility that she might be sexually assaulted. There was no indication that she had been threatened or hurt, or that she had been in a state of shock during the events, as she had demonstrated a clear recollection of them. The experts considered that during the events she must have been suddenly overwhelmed by an internal conflict between a natural sexual interest and a sense that the act was reprehensible, which had “reduced her ability to resist and defend herself”. They further found that the applicant was psychologically sound and that she had understood the meaning of the events. In view of her age at the time, however, she “could not assert a stable set of convictions”.

59. The experts also found that, if there had indeed been a meeting between Ms T. and the applicant after the events at the reservoir – and this was disputed – it was still possible that the applicant could have had a short exchange with Ms T. after being raped. As to the applicant going out with P. several days after the events, this could be easily explained by her family’s desire to lend a socially acceptable meaning to the incident.

60. On 28 February 1997 the investigator concluded his work on the case and drew up a report, again proposing that the case should be closed. He considered that the experts’ opinion did not affect his earlier finding that there was no evidence demonstrating the use of force or threats.

61. On 17 March 1997 the district prosecutor ordered the closure of the criminal investigation. He found, *inter alia*, that the use of force or threats had not been established beyond reasonable doubt. In particular, no resistance on the applicant’s part or attempts to seek help from others had been established.

62. The applicant lodged consecutive appeals with the regional prosecutor’s office and the Chief Public Prosecutor’s Office. The appeals were dismissed in decisions of 13 May and 24 June 1997 respectively.

63. The prosecutors relied, *inter alia*, on the statements of the alleged perpetrators and V.A. that the applicant had not shown any signs of distress after having sex with P. at the reservoir, and the evidence of the three men and Ms T. that the latter had met the applicant and had spoken with her that night. As regards the applicant’s objections that those statements should be rejected as being untrue, the decision of 13 May 1997 stated that “prosecutors’ decisions cannot be based on suppositions, and witnesses’ statements cannot be rejected only on the basis of doubts, without other evidence ...”.

64. The decision of 13 May 1997 also stated:

“It is true that, as can be seen from the report of the forensic psychiatric experts, the young age of the applicant and her lack of experience in life meant that she was unable to assert a stable set of convictions, namely to demonstrate firmly her unwillingness to engage in sexual contact. There can be no criminal act under Article 152 §§ 1 (2) and 3 of the Criminal Code, however, unless the applicant was coerced into having sexual intercourse by means of physical force or threats. This presupposes resistance, but there is no evidence of resistance in this particular case. P. and A. could be held criminally responsible only if they understood that they were having sexual intercourse without the applicant’s consent and if they used force or made threats precisely with the aim of having sexual intercourse against the applicant’s will. There is insufficient evidence to establish that the applicant demonstrated unwillingness to have sexual intercourse and that P. and A. used threats or force.”

It was further noted that the applicant had explained that the bruises on her neck had been caused by sucking.

65. The decision of 24 June 1997 reiterated those findings, while noting that the statements of Ms T., the singer at the restaurant, were not decisive. It also stated:

“What is decisive in the present case is that it has not been established beyond reasonable doubt that physical or psychological force was used against the applicant and that sexual intercourse took place against her will and despite her resistance. There are no traces of physical force such as bruises, torn clothing, etc. ...

It is true that it is unusual for a girl who is under age and a virgin to have sexual intercourse twice within a short space of time with two different people, but this fact alone is not sufficient to establish that a criminal act took place, in the absence of other evidence and in view of the impossibility of collecting further evidence.”

#### *4. Other proceedings*

66. In June or July 1997 the applicant and her mother requested the institution of criminal proceedings against Ms T. and other witnesses, including V.A., alleging that they had committed perjury in that their statements in connection with the investigation into the rape of the applicant had been false.

67. On 14 July 1997 the same prosecutor from the district prosecutor’s office who had ordered the closure of the rape investigation refused the request, stating that it was unfounded and even abusive, as all the facts had been clarified in previous proceedings.

68. An ensuing appeal by the applicant was dismissed on 6 February 1998 by the regional prosecutor’s office.

### **D. The expert opinion submitted by the applicant**

69. In June 2001 the applicant submitted a written opinion by two Bulgarian experts, Dr Svetlozar Vasilev, a psychiatrist, and Mr Valeri Ivanov, a psychologist, who had been asked by the applicant’s lawyer to comment on the case.

70. The experts stated, with reference to scientific publications in several countries, that two patterns of response by rape victims to their attacker were known: violent physical resistance and “frozen fright” (also known as “traumatic psychological infantilism syndrome”). The latter was explained by the fact that any experience-based model of behaviour was inadequate when the victim was faced with the inevitability of rape. As a result the victim, terrorised, often adopted a passive-response model of submission, characteristic of childhood, or sought a psychological dissociation from the event, as if it were not happening to her.

71. The experts stated that all the scientific publications they had studied indicated that the “frozen-fright pattern” prevailed. Further, they had conducted their own research for the purposes of their written opinion in the present case. They had analysed all the cases of young women aged 14 to 20 who had contacted two specialised treatment programmes for victims of violence in Bulgaria during the period from 1996 to 2001, declaring that they had been raped. Cases that were too different from that of the applicant had been excluded. As a result, twenty-five cases had been identified, in twenty-four of which the victim had not resisted violently, but had reacted with passive submission.

## II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

72. By Article 151 § 1 of the Criminal Code, sexual intercourse with a person under 14 years of age is a punishable offence (statutory rape). Consent is not a valid defence in such cases.

73. Consent is likewise irrelevant where the victim is more than 14 years old, but did not “understand the essence and meaning of the occurrence” (Article 151 § 2 of the Code). That provision has been applied in cases where the victim did not grasp the meaning of the events owing to a mental disorder (see judgment no. 568 of 18 August 1973, case no. 540/73, Supreme Court-I).

74. Article 152 § 1 of the Criminal Code defines rape as:

“sexual intercourse with a woman

- (1) incapable of defending herself, where she did not consent;
- (2) who was compelled by the use of force or threats;
- (3) who was brought to a state of helplessness by the perpetrator.”

75. Although lack of consent is mentioned explicitly only in the first sub-paragraph, the Supreme Court has held that it is an element inherent in the whole provision (see judgment no. 568, cited above).

76. According to judicial practice, the three sub-paragraphs of Article 152 § 1 can only be applied alternatively, each of them referring to a separate factual situation. The Supreme Court has held that general



references to two or all of the sub-paragraphs are not acceptable (see judgment no. 247 of 24 April 1974, case no. 201/74, Supreme Court-I; judgment no. 59 of 19 May 1992, case no. 288/90, Supreme Court-I; and many others).

77. Therefore, an accused person may be found guilty of rape only if it has been established that he had sexual intercourse with a woman in circumstances covered by one of the three sub-paragraphs.

78. The first and third sub-paragraphs concern particular factual situations where the victim was in a state of helplessness at the time of sexual intercourse. The third sub-paragraph refers to cases where the perpetrator put the victim in a state of helplessness before raping her, whereas the first sub-paragraph refers to cases where he took advantage of the victim's existing state of helplessness.

79. The courts have stated that a victim is in a state of helplessness ("incapable of defending herself" or "brought to a state of helplessness") only in circumstances where she has no capacity to resist physically owing to disability, old age or illness (see judgment no. 484 of 29 July 1983, case no. 490/83, and judgment no. 568, cited above) or because of the use of alcohol, medicines or drugs (see judgment no. 126 of 11 April 1977, case no. 69/77, Supreme Court-II).

80. The second sub-paragraph is the provision applicable in all other cases of alleged rape. Thus, where no special circumstances such as the state of helplessness of the victim are reported, an investigation into an alleged rape will concentrate on establishing whether or not the victim was coerced into having sexual intercourse by the use of force or threats.

81. It is an established view in the case-law and legal theory that rape under the second sub-paragraph of Article 152 § 1 of the Criminal Code is a "two-step" offence – that is to say, the perpetrator first starts employing force or threats and then penetrates the victim.

82. The parties in the present case offered their views on the meaning of the words "use of force and threats" and their interpretation in practice (see paragraphs 113, 122 and 123 below).

83. The Supreme Court has stated that lack of consent is to be deduced from the fact that a situation covered by one of the three sub-paragraphs of Article 152 § 1 has been established, either from the victim's state of helplessness or from the fact that physical or psychological force has been used (see judgment no. 568, cited above).

84. In one case, the Supreme Court stated that "force" was not only to be understood as direct violence, but could also consist of placing the victim in a situation such that she could see no other solution than to submit against her will (see judgment no. 520 of 19 July 1973, case no. 414/73). In that particular case, the perpetrator, after demonstrating his desire for close relations with the victim by his behaviour over a period of two or three days (following her and trying to hold her and kiss her),

entered her room, locked the door and asked her to undress. She refused, whereupon he tried to spread her legs apart. Realising that she had no other choice, the victim opened the window and jumped, sustaining serious injury. The perpetrator was convicted of attempted rape resulting in serious injury.

85. Legal commentators have not commented in detail on situations where coercion through force or threats may be considered to have been established, apparently taking the view that this was a matter for judicial interpretation (Al. Stoynov, *Наказателно право, Особена част*, 1997; A. Girginov, *Наказателно право, Особена част*, 2002). One commentator has stated that the essential characteristic of rape is the victim's lack of consent and that the three sub-paragraphs of Article 152 § 1 of the Criminal Code embody different situations of lack of consent. He further notes that in previous centuries the utmost resistance by the victim was required and that that view is now outdated. Without reference to case-law, he considers that what is now required is nothing more than the resistance necessary to eliminate any doubt as to the victim's lack of consent (N. Antov, *Проблеми на изнасилването*, 2003).

86. Under Article 152 § 1 of the Criminal Code, rape committed by a man against a woman is punishable by two to eight years' imprisonment. At the material time, Article 157 § 1 of the Code provided for one to five years' imprisonment in cases of forced sexual intercourse with a person of the same sex. In 2002 the punishment prescribed under the latter provision was brought into line with that applicable in cases of rape under Article 152 § 1, and is now two to eight years' imprisonment.

87. At the material time, the age of consent in respect of sexual intercourse with a person of the same sex was 16 years (Article 157 § 2 of the Code). In 2002 it was lowered to 14 years.

### III. RELEVANT COMPARATIVE AND INTERNATIONAL LAW AND PRACTICE

#### **A. Provisions on rape in the domestic law of some European countries**

88. In the legal systems of a number of European States, rape and sexual assault are "gender-neutral" offences, whereas in other countries rape may only be committed by a man against a woman.

89. The minimum age of consent for sexual activity in most States is 14, 15 or 16 years. In some countries, there is a different age of consent for sexual acts without penetration and for sexual acts with penetration, or different penalties depending on the age of the victim. The approaches vary significantly from one country to another.

90. Article 375 §§ 1 and 2 of the Belgian Criminal Code (referred to by Interights), as amended in 1989, read:

“Any act of sexual penetration, of whatever nature and by whatever means, committed on a person who does not consent to it shall constitute the crime of rape.

In particular, there is no consent where the act is forced by means of violence, coercion or ruse or was made possible by the victim’s disability or physical or mental deficiency.”

91. Article 241 § 1 of the Czech Criminal Code (Law no. 140/1961, as amended) provides:

“A person who coerces another into an act of sexual penetration or a similar sexual act through violence or the threat of imminent violence or by taking advantage of the person’s helplessness shall be liable to imprisonment for a term of two to eight years.”

92. Sections 216(1) and 217 of the Danish Penal Code (referred to by the intervener) provide:

“Any person who coerces [another into having] sexual intercourse by violence or under threat of violence shall be guilty of rape and liable to imprisonment for a term not exceeding eight years. The placing of a person in such a position that the person is unable to resist shall be equivalent to violence ...”

“Any person who by means of unlawful coercion (according to section 260 of this Act) other than violence or the threat of violence procures sexual intercourse for himself, shall be liable to imprisonment for a term not exceeding four years.”

93. Chapter 20, sections 1 and 3, of the Finnish Penal Code (as amended in 1998) provides:

“Section 1: Rape

(1) A person who coerces another into having sexual intercourse by the use or threat of violence shall be sentenced for rape to imprisonment for at least one year and at most six years.

(2) A person shall also be guilty of rape if he/she takes advantage of the incapacity of another to defend himself/herself and has sexual intercourse with him/her, after rendering him/her unconscious or causing him/her to be in a state of incapacity owing to fear or another similar reason ...

Section 3: Coercion into having sexual intercourse

(1) If the rape, in view of the low level of violence or threat and the other particulars of the offence, is deemed to have been committed under mitigating circumstances, the offender shall be sentenced for coercion into having sexual intercourse to imprisonment for at most three years.

(2) A person who coerces another into having sexual intercourse by a threat other than that referred to in section 1(1) shall be guilty of coercion into having sexual intercourse.”

94. Articles 222-22, 222-23 and 227-25 of the French Criminal Code provide:

“Sexual aggression is any sexual assault committed by violence, coercion, threats or surprise.”

“Any act of sexual penetration, whatever its nature, committed against another person by violence, coercion, threats or surprise, shall be considered rape. Rape shall be punishable by fifteen years’ imprisonment.”

“A sexual offence committed without violence, coercion, threats or surprise by an adult on the person of a minor under 15 years of age shall be punished by five years’ imprisonment and a fine of 75,000 euros.”

95. The following information about French case-law on rape may be gathered from the authoritative publication *Juris-Classeur* (2002):

(i) The words “violence, coercion, threats or surprise” are given a broad meaning in practice. For example, in one case it was stated that the fact that the victim was begging the perpetrator to stop, without further resistance, where she had previously agreed to enter his car and to be kissed by him, was sufficient to establish that there was rape (judgment of the Court of Cassation, Criminal Division (“*Cass. crim.*”), 10 July 1973, *Bulletin Criminel* (“*Bull. crim.*”) no. 322; *Revue de Science Criminelle*, 1974, p. 594, observations of Levasseur; see also, for an opposing view, *Cass. crim.*, 11 October 1978, Dalloz 1979. IR, 120). The victim’s refusal may be inferred from the circumstances, such as paralysing shock, as a result of which the victim could not protest or escape (*Cass. crim.*, 13 March 1984, *Bull. crim.* no. 107).

(ii) There is “surprise” where the victim cannot freely consent because, for example, she is physically or mentally disabled (*Cass. crim.*, 8 June 1984, *Bull. crim.* no. 226), in a particular psychological state, involving depression, fragility, or simply distress (*Cass. crim.*, 12 November 1997, *Juris-Data* no. 2000-005087; Paris Court of Appeal, 30 March 2000, *Juris-Data* no. 2000-117239), or where the perpetrator used trickery to deceive the victim as to the real situation (*Cass. crim.*, 14 April 1995, *Juris-Data* no. 1995-002034).

(iii) The courts have considered that there is always “surprise”, and therefore rape, where the victim is of such a low age as not to understand the concept of sexuality and the nature of the acts being imposed (*Cass. crim.*, 11 June 1992, *Bull. crim.* no. 228; Limoges Court of Appeal, 5 April 1995, *Juris-Data* no. 1995-042693; Paris Court of Appeal, 14 November 2000, *Juris-Data* no. 2000-134658). In some other cases, however, it has been stated that in principle the age of the victim cannot as such, without additional elements, establish the existence of “surprise” (*Cass. crim.*, 1 March 1995, *Bull. crim.* no. 92).

96. The relevant part of Article 177 (Sexual coercion; Rape) of the German Criminal Code reads:

“1. Anyone who coerces another person

(1) by force,

(2) by the threat of immediate danger to life or limb, or

(3) by exploiting a situation in which the victim is defenceless and at the mercy of the actions of the perpetrator

into submitting to sexual acts performed by the perpetrator or by a third person or into performing such acts on the perpetrator or on the third person, shall be punished by imprisonment for not less than one year.”

97. Article 197 § 1 of the Hungarian Criminal Code (Law no. 4 of 1978) provides:

“A person who by violent action or a direct threat to life or limb forces a person to have sexual intercourse, or uses a person’s incapacity to defend himself/herself or to express his/her will to have sexual intercourse shall be guilty of a serious offence punishable by imprisonment for two to eight years.”

98. In Ireland, section 2(1) of the Criminal Law (Rape) Act 1981 and section 9 of the Criminal Law (Rape) (Amendment) Act 1990 (referred to by the intervener) provide:

“A man commits rape if (a) he has sexual intercourse with a woman who at the time of intercourse does not consent and (b) at the time he knows she does not consent or is reckless as to whether or not she is consenting.”

“It is hereby declared that in relation to an offence that consists of or includes the doing of an act to a person without the consent of the person, any failure or omission by that person to offer resistance to the act does not of itself constitute consent to that act.”

99. Article 180 § 1 of the Slovenian Criminal Code reads:

“Anyone who compels a person of the same or the opposite sex to submit to sexual intercourse by force or the threat of imminent attack on life and limb shall be sentenced to imprisonment from one to ten years.”

100. In the United Kingdom, section 1(1) of the Sexual Offences (Amendment) Act 1976 (referred to by the intervener) provides:

“[A] man commits rape if (a) he has unlawful sexual intercourse with a woman who at the time of intercourse does not consent to it; and (b) at that time he knows that she does not consent to the intercourse or is reckless as to whether she consents to it.”

## **B. Recommendation Rec(2002)5 of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the protection of women against violence**

101. The Committee of Ministers recommends that member States adopt and implement, in the manner most appropriate to each country’s national circumstances, a series of measures to combat violence against

women. Paragraph 35 of the appendix to the recommendation states that, in the field of criminal law, member States should, *inter alia*:

– penalise any sexual act committed against non-consenting persons, even if they do not show signs of resistance;

...

– penalise any abuse of the position of a perpetrator, and in particular of an adult *vis-à-vis* a child.”

### C. The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia

102. In *Prosecutor v. Anto Furundžija* (case no. IT-95-17/1-T, judgment of 10 December 1998), in the context of the question whether or not forced oral sexual penetration may be characterised as rape under international law, the Trial Chamber made the following relevant remarks about rape under international criminal law:

“The Trial Chamber notes the unchallenged submission ... that rape is a forcible act: this means that the act is ‘accomplished by force or threats of force against the victim or a third person, such threats being express or implied and must place the victim in reasonable fear that he, she or a third person will be subjected to violence, detention, duress or psychological oppression’. ...

... all jurisdictions surveyed by the Trial Chamber require an element of force, coercion, threat, or acting without the consent of the victim: force is given a broad interpretation and includes rendering the victim helpless.”

103. The Trial Chamber defined rape as:

“sexual penetration ... by coercion or force or threat of force against the victim or a third person.”

104. Noting that the terms “coercion”, “force”, or “threat of force” from the *Furundžija* definition were not intended to be interpreted narrowly, the Trial Chamber in another case (*Prosecutor v. Kunarac, Kovač and Vuković*, case no. IT-96-23, judgment of 22 February 2001) observed:

“In stating that the relevant act of sexual penetration will constitute rape only if accompanied by coercion or force or threat of force against the victim or a third person, the *Furundžija* definition does not refer to other factors which would render an act of sexual penetration non-consensual or non-voluntary on the part of the victim, which ... as discussed below, is in the opinion of this Trial Chamber the accurate scope of this aspect of the definition in international law.

... the basic underlying principle common to [the national legal systems surveyed is] that sexual penetration will constitute rape if it is not truly voluntary or consensual on the part of the victim ... [F]orce, threat of force or coercion ... are certainly the relevant considerations in many legal systems but the full range of [the relevant] provisions ... suggest that the true common denominator which unifies the various systems may be a wider or more basic principle of penalising violations of sexual *autonomy*.”

105. In *Kunarac, Kovač and Vuković*, a Muslim girl in an occupied area was taken by armed soldiers to a building which served as military headquarters. After being raped by two soldiers there, she was brought to a room where she herself initiated sexual contact with the accused Mr Kunarac, the commanding officer. The Trial Chamber noted that the victim had been told by soldiers that she should satisfy their commander sexually or risk her life. The victim therefore “did not freely consent to any sexual intercourse with Kunarac [as she] was in captivity and in fear for her life”. The Trial Chamber also rejected Kunarac’s defence that he was not aware of the fact that the victim had only initiated sexual intercourse with him because she feared for her life. The Chamber found that, even if Kunarac had not heard the threats made by other soldiers, he could not have been “confused” by the behaviour of the victim, given the general context of the existing war-time situation and the specifically delicate situation of the Muslim girls in the region.

106. In the context of the above facts, the Trial Chamber made the following observations on the elements of rape under international law:

“The basic principle which is truly common to [the reviewed] legal systems is that serious violations of sexual *autonomy* are to be penalised. Sexual autonomy is violated wherever the person subjected to the act has not freely agreed to it or is otherwise not a voluntary participant.

In practice, the absence of genuine and freely given consent or voluntary participation may be *evidenced* by the presence of the various factors specified in other jurisdictions – such as force, threats of force, or taking advantage of a person who is unable to resist. A clear demonstration that such factors negate true consent is found in those jurisdictions where absence of consent is an element of rape and consent is explicitly defined not to exist where factors such as use of force, the unconsciousness or inability to resist of the victim, or misrepresentation by the perpetrator [are present].

... coercion, force, or threat of force [are] not to be interpreted narrowly ... coercion in particular would encompass most conduct which negates consent ...

In light of the above considerations, the Trial Chamber understands that the *actus reus* of the crime of rape in international law is constituted by ... sexual penetration ... where [it] occurs without the consent of the victim. Consent for this purpose must be consent given voluntarily, as a result of the victim’s free will, assessed in the context of the surrounding circumstances. The *mens rea* is the intention to effect this sexual penetration, and the knowledge that it occurs without the consent of the victim.”

107. In the same case, on an appeal by the perpetrators based on the argument, *inter alia*, that there was no rape without force or threat of force and the victim’s “continuous” or “genuine” resistance, the Appeals Chamber, in its judgment of 12 June 2002, stated:

“The Appellants’ bald assertion that nothing short of continuous resistance provides adequate notice to the perpetrator that his attentions are unwanted is wrong on the law and absurd on the facts.

Secondly, with regard to the role of force in the definition of rape, the Appeals Chamber notes that the Trial Chamber appeared to depart from the Tribunal's prior definitions of rape. However, in explaining its focus on the absence of consent as the *conditio sine qua non* of rape, the Trial Chamber did not disavow the Tribunal's earlier jurisprudence, but instead sought to explain the relationship between force and consent. Force or threat of force provides clear evidence of non-consent, but force is not an element *per se* of rape. In particular, the Trial Chamber wished to explain that there are 'factors [other than force] which would render an act of sexual penetration *non-consensual* or *non-voluntary* on the part of the victim'. A narrow focus on force or threat of force could permit perpetrators to evade liability for sexual activity to which the other party had not consented by taking advantage of coercive circumstances without relying on physical force ...

For the most part, the Appellants in this case were convicted of raping women held in *de facto* military headquarters, detention centres and apartments maintained as soldiers' residences. As the most egregious aspect of the conditions, the victims were considered the legitimate sexual prey of their captors. Typically, the women were raped by more than one perpetrator and with a regularity that is nearly inconceivable. (Those who initially sought help or resisted were treated to an extra level of brutality). Such detentions amount to circumstances that were so coercive as to negate any possibility of consent."

#### **D. The United Nations Committee on the Elimination of Discrimination against Women**

108. In its General Recommendation 19 of 29 January 1992 on violence against women, the Committee made the following recommendation in paragraph 24:

- “(a) States parties should take appropriate and effective measures to overcome all forms of gender-based violence, whether by public or private act;
- “(b) States parties should ensure that laws against ... abuse, rape, sexual assault and other gender-based violence give adequate protection to all women, and respect their integrity and dignity. ...”

### **THE LAW**

#### **I. ALLEGED VIOLATIONS OF ARTICLES 3, 8 AND 13 OF THE CONVENTION**

109. The applicant complained that Bulgarian law and practice did not provide effective protection against rape and sexual abuse, as only cases where the victim had resisted actively were prosecuted, and that the authorities had not investigated the events of 31 July and 1 August 1995 effectively. In her view, the above amounted to a violation of the State's positive obligations to protect the individual's physical integrity and private life and to provide effective remedies in this respect.



110. The relevant Convention provisions read:

**Article 3**

“No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment.”

**Article 8 § 1**

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

**Article 13**

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

**A. The parties’ submissions**

*1. The applicant*

111. The applicant considered that domestic law and practice in rape cases should determine the existence, or lack, of consent to sexual intercourse on the basis of all relevant factors. In her view, a legal framework and practice that required proof of physical resistance by the victim, and thus left unpunished certain acts of rape, were inadequate.

112. The applicant relied on the written expert opinion she submitted (emphasising that the majority of children or other young rape victims displayed passive psychological reactions of panic – see paragraphs 69-71 above) and also on developments in international and comparative law as to the elements of the crime of rape.

113. The applicant then offered her analysis of Bulgarian law and practice concerning rape and sexual abuse. She made the following submissions:

(i) According to the practice of the Bulgarian investigating and prosecuting authorities, the prosecution of rape was only possible if there was evidence of the use of physical force and evidence of physical resistance. Lack of such evidence would lead to the conclusion that sexual intercourse had been consensual.

(ii) It was not possible to support the above assertion directly with a case study since investigators’ and prosecutors’ decisions were not publicly available; they could only be found in the relevant case files and there was no system of sorting, reporting or analysis that could serve as the basis of a study. Also, the impugned practice was not based on written instructions but on institutional tradition and culture.

(iii) Because of the existing policy of the prosecuting authorities not to bring charges unless there was evidence of physical force and resistance, the issue had not been addressed directly by the courts.

(iv) Nevertheless, an overview of the reported judgments of the Supreme Court and the Supreme Court of Cassation (judgments of lower courts were not reported) provided indirect evidence about the type of cases that were likely to be brought to court by the prosecuting authorities. The applicant had searched all reported judgments in rape cases and produced copies of twenty-one judgments considered relevant by her counsel.

(v) Almost all reported cases concerned rape accompanied by substantial use of physical force and/or threats. Those cases typically involved the following acts of violence: dragging the victim from a car to a house and locking her up; tearing clothes and hitting the victim; punching the victim on the head and kicking her; suffocating the victim; causing concussion and fracture of the nose; or beating causing substantial bleeding. In several cases the victim had been threatened with violence or other consequences. In three cases the victim had committed or attempted to commit suicide as a result.

(vi) The research had produced only two cases in which a more context-sensitive approach could be noted. In one case a teacher, having attempted flirting, forced his student to have sex with him repeatedly over a certain period of time by threatening her with negative consequences at school and with violence. The Supreme Court found that there had been repeated acts of rape committed through the use of threats and acknowledged that the victim had gradually been put into a state of a psychological dependence. In another case, a 14-year-old girl who suffered from epilepsy and was mentally retarded had been raped by an acquaintance of the family; the courts noted that the girl had offered weak resistance (she had tried to get up after being pushed down on the floor by the perpetrator) but concluded that that “level of resistance”, seen in the context of the girl’s age and health, had been “sufficient to demonstrate her unwillingness to have sex”.

114. The applicant submitted a copy of a letter by a Bulgarian psychotherapist working with victims of sexual violence, who stated that in her experience the prosecuting authorities brought charges only in cases where the attacker was a stranger to the victim, where there were serious injuries or where there were witnesses. In the applicant’s view, that confirmed her allegation that the predominant tendency in practice was to infer consent from insufficient proof of physical resistance.

115. She further stated that, by setting at 14 the age of consent for sexual intercourse and at the same time limiting the prosecution of rape to cases of violent resistance by the victim, the authorities had left children insufficiently protected against rape.

116. The applicant submitted that, in her case, the prosecutors had put undue emphasis on the absence of physical violence and had not taken into account the fact that, at the age of 14, she had never taken important decisions herself, particularly under the pressure of time. The prosecutors had failed to have regard to the unlikelihood of a 14-year-old girl who had never had sexual intercourse consenting to sex with two men in a row.

117. Furthermore, the investigation had not been thorough and complete. The crucial issue of the timing of all the moves of the three men and the applicant during the night in question – which could have shown that there had been no visit to a restaurant after the rape at the reservoir – had not been investigated. Contradictions in the evidence had been disregarded. The police patrol who had stopped the group on their way to the reservoir had not been identified. The investigator had accredited the testimony of the alleged perpetrators and of witnesses called by them and had at the same time disbelieved or ignored the testimony of other witnesses and the applicant's account of the events.

118. In the applicant's view, seen in the context of all the relevant facts, her clear and consistent testimony that she had begged P. to stop and had pushed him away until he had twisted her arms, and her account of the distress she had felt and of her resistance – reasonable in the circumstances – should have led to the conviction of the perpetrators if a correct interpretation of "rape", consonant with the State's positive obligations under Articles 3, 8 and 13 of the Convention, had been applied.

## *2. The Government*

119. The Government submitted that the investigation had been thorough and effective. All possible steps had been taken: seventeen persons had been questioned, some of them repeatedly, experts in psychiatry and psychology had been appointed and all aspects of the case had been explored. The Government therefore considered that the conclusion of the national authorities that P. and A. must have acted on the assumption of the applicant's consent had been well-founded. In particular, the authorities had relied on all evidence about the events of 31 July to 1 August 1995, including information about the behaviour of the applicant. Furthermore, the applicant had gone out with P. after the events and there had been allegations by witnesses that her mother had attempted to extort money from P. and A. in return for dropping the rape allegations.

120. In the Government's submission, the facts of the case did not, therefore, concern the issue of protecting a person's integrity or ill-treatment. As a result, no positive obligations arose under Articles 3 or 8 of the Convention.

121. The Government maintained that, in any event, Bulgarian law and practice in rape cases and their application in the present case did not violate any positive obligation that could arise under the Convention.

122. Describing the domestic law and practice in their initial submissions at the admissibility stage, the Government stated that proof of physical resistance was required in cases of rape and that, moreover, in accordance with “international practice, including in France” rape was only possible between strangers, whereas the applicant knew the alleged perpetrators.

123. In their submissions on the merits, the Government corrected their earlier statements and submitted that lack of consent was an essential element of rape under Bulgarian law. Proof of lack of consent was derived from evidence demonstrating that the victim was in a state of helplessness or had been put in such a state by the perpetrator, or from evidence of physical or psychological violence by the perpetrator. The Government submitted copies of several relevant judgments of the Supreme Court. They did not dispute the reliability of the analysis of Bulgarian case-law offered by the applicant.

124. In the applicant’s case – the Government argued – after a careful and impartial investigation, the authorities had not found it established, to the level of proof necessary to secure a criminal conviction, that rape had been committed. On the other hand, it was open to the applicant to submit a civil action for damages against the alleged perpetrators. She would be required to prove the unlawfulness of the perpetrators’ acts, but no proof of *mens rea* would be necessary.

125. Finally, the Government submitted that the applicant had had effective criminal and civil remedies at her disposal, as required by Article 13 of the Convention.

### 3. *Submissions by Interights*

#### (a) **General submissions**

126. The intervener stated that over the past two decades the traditional definition of rape had undergone reform in civil and common law jurisdictions and in international law. This was the result of the evolving understanding of the nature of the offence and the manner in which it was experienced by the victim. Research had demonstrated that women, and more particularly minors, often did not physically resist rape either because they were physically unable to do so through paralysing fear, or because they were seeking to protect themselves against the increasing level of force being used against them.

127. Interights submitted that the reform of rape law reflected a shift from a “historical approach” to the “equality approach” to the question of

consent. Rape was an offence against women's autonomy and its essential element was lack of consent. A central concern underlying reforms in rape law had been to clarify that it was not necessary to establish that the accused had overcome the victim's physical resistance in order to prove lack of consent.

128. That tendency had been reflected in developments in international criminal law. In particular, the International Criminal Tribunals for Rwanda and the former Yugoslavia had characterised as rape sexual penetration "in circumstances which are coercive" or committed through "coercion or force or threat of force". That approach had also been taken in the Statute of the International Criminal Court and its draft Rules.

**(b) Submissions on the law of several countries**

129. Interights submitted copies of reports on the relevant law of several European and non-European countries, prepared by legal scholars or professionals, or by research assistants. The information and assessments contained therein may be summarised as follows.

*(i) Belgium*

130. The list in Article 375 of the Belgian Criminal Code, amended in 1989, of situations where there is no consent was meant to preserve the case-law dating from before 1989. The list of situations is not considered to be exhaustive, although one commentator is of the opposite opinion.

131. Historically, what was required to prove rape was proof of sufficiently serious and physically violent acts to break, paralyse or destroy the resistance of the victim. The 1989 amendments replaced the notion of "serious threats" (present in the Criminal Code since 1867) with the broader notion of "coercion" which includes not only fear for one's physical integrity but also any other general fear.

132. Nowadays, the prosecution is required to prove sexual penetration and lack of consent. Any elements that might show lack of consent will be taken into account, but the prosecution will mostly try to prove the existence of at least one of the factors "nullifying consent", set out in the second paragraph of Article 375, namely violence, coercion, ruse or disability.

133. Lack of consent is proved where there is proof of physical resistance. However, even if there is no proof of physical violence or physical resistance, proof of coercion is sufficient. Whether or not there was coercion is a question to be assessed with reference to the capacities of the victim (age, actual state at the time of the facts).

134. There is a different age of consent for sexual acts of any kind (statutory indecent assault) on the one hand, and for acts involving sexual penetration (statutory rape) on the other. The age of consent for sexual

penetration is 14 years and the age of consent for sexual acts of any kind is 16 years. As a result, sexual intercourse with a person aged 14 to 16, in the absence of proof of lack of consent, would be punished as statutory indecent assault. In practice, where the victim is between 14 and 16 years, charges of statutory indecent assault are more frequent than charges of rape.

(ii) *Denmark*

135. Coercion is nowadays understood broadly and is not limited to threats of serious violence.

136. Evidence of lack of consent is particularly important in cases where the accused and the victim knew each other. While the act of saying “no” would be a sufficient expression of lack of consent, proving that it was said and understood as being meant seriously could be difficult.

137. In a case from 1982, a man accused of raping a 16-year-old girl was acquitted on the ground that he had not understood that the intercourse had been involuntary. The accused had taken the girl for a ride in his van. According to him, the girl had wished to be taken to her home. According to the girl, she had felt compelled to accept the offer to be taken home because of the situation, particularly once the accused had put his bicycle in his car. On the way, the accused had talked about his sexual problems and needs. The accused had regarded the fact that the girl had let him discuss these subjects as an acceptance that the situation was developing towards intimate contact. The victim had been afraid that the accused would turn violent if she did not let him talk. At one point, the accused had stopped the car and asked the victim to get into the luggage compartment, where sexual intercourse had taken place. The accused had asked the girl several times whether she agreed or not. The victim stated that she had had a mental block and had been afraid. The city court had convicted the accused, finding that the girl had not consented and that the accused had acted with intent, as he would only have had reason to put questions to the victim if he had doubted that she agreed to sexual intercourse. The court of appeal, however, found that the statement of the accused that he had perceived the victim’s passivity as acceptance could not be disregarded and acquitted him.

(iii) *Ireland*

138. The principle that the prosecution must prove lack of consent, and not the presence of force, is well established. Absence of consent is a matter of fact for the jury to decide, having regard to all relevant circumstances and following the judge’s directions. As regards the *mens rea* of rape, a defence of “genuine belief” is open to the accused, so that he is entitled to acquittal if it genuinely did not occur to him that the victim might not be consenting.

*(iv) The United Kingdom*

139. Before 1976 the common-law definition of rape was unlawful sexual intercourse with a woman without her consent, by force, fear or fraud. Historically, injury to the body was required as proof of force and as proof of resistance.

140. Under current law, after 1976, the prosecution must prove that the victim did not consent. Absence of consent is the key element of the *actus reus*. The burden is on the prosecution. There is no statutory definition of consent or lack of it. “Does not consent” is a question of fact for the jury, which it decides after hearing the judge’s directions. In the leading case of *Olugboja* [1982] Queen’s Bench 320, [1981] 3 All England Law Reports 443, two teenage girls had been given a lift home by the accused and his friend. Instead of taking the girls home, the two men took them to another house where the accused person’s friend raped one of the girls, who was 16 years old. The accused then also had intercourse with her. He told her to take off her trousers. She did so because she was frightened and the room was dark. She told him “why can’t you leave me alone”. He pushed her onto a sofa and had intercourse with her. She did not cry out or struggle. He was convicted of rape. Lord Justice Dunn said:

“[The jury] should be directed that consent, or the absence of it, is to be given its ordinary meaning and if need be, by way of example, that there is a difference between consent and submission; every consent involves a submission, but it by no means follows that a mere submission involves consent ... [The jury] should be directed to concentrate on the state of mind of the victim immediately before the act of sexual intercourse, having regard to all relevant circumstances, and in particular the events leading up to the act, and her reaction to them showing their impact on her mind.”

141. According to some legal commentators, despite *Olugboja*, the reality is that prosecution is unlikely to proceed where women have submitted in circumstances of similar psychological duress and entrapment to those in *Olugboja*, but in the absence of threats.

142. The prosecution must also prove the *mens rea* of rape, which is either knowledge that the victim does not consent or recklessness as to whether she consents or not. The perpetrator is reckless where he “never gave it a thought”, or was aware that the other person “might not be consenting but goes on just the same” (*R. v. Gardiner* [1994] Criminal Law Reports 455).

*(v) The United States of America*

143. The fifty States define what is commonly referred to as “rape” in a number of different ways but, despite significant variations in wording, the States converge on the question of non-consent. In particular, it is an established principle that a victim is not required physically to resist her attacker to prove that she did not consent to the act. Verbal expressions of dissent suffice. In *Commonwealth v. Berkowitz* (641 A.2d 1161 (Pennsylvania,

1994)), the defendant had sexual intercourse with an acquaintance in his college dormitory room although she said “no” throughout the experience. The Pennsylvania courts held that the victim’s repeated expressions of “no” were sufficient to prove her non-consent.

144. In thirty-seven States, non-consensual intercourse without extrinsic force (force extrinsic to that required to effect penetration) is expressly criminalised by statute as a felony, a sexual crime of the highest order, or a misdemeanour. Although it appears from the language of the remaining thirteen State codes that extrinsic force may be required, courts in twelve states have accepted, for example, that the statutory force requirement was met when the defendant only pushed or pinned his victim down or otherwise physically manipulated her; the test for “force” was found to be “whether the act was against the will of [the victim]” (*Freeman v. State*, 959 S.W.2d 401 (Arkansas 1998)). Thus, “force” was established where the perpetrator “pushed his body weight against [the victim]” and he was “large” or “husky” and the victim “petite” or “small” (*State v. Coleman*, 727 A.2d 246 (Connecticut, 1999) and *State v. Plunkett*, 934 P.2d 113 (Kansas, 1997)). The New Jersey Supreme Court has stated:

“[A]ny act of sexual penetration ... without the affirmative and freely given permission of the victim ... constitutes the offence of sexual assault. Therefore, physical force in excess of that inherent in the act of sexual penetration is not required for such penetration to be unlawful (*In the Interest of M.T.S.*, 609 A.2d 1266, 1277 (N.J. 1992)).”

145. Historically, a number of States required a rape victim to display the “utmost resistance”. Today, that requirement has been rejected. Only two States continue to require a sexual assault victim to display “earnest” resistance (Alabama and West Virginia); however, they do not require her to resist if she reasonably believes that resistance would be futile or would result in serious bodily injury (*Richards v. State*, 457 So.2d 893 (Alabama, 1985) – earnest resistance proved by victim’s pleas to put her down and stop).

146. Increasingly, courts in the United States are taking into account relevant social science data indicating that sexual assault victims react in unpredictable ways under conditions of psychological and physical abuse. In 1992, for example, the Supreme Court of New Jersey, when rejecting the resistance requirement for a sexual assault conviction, referred to “empirical research” to discredit “the assumption that resistance to the utmost or to the best of the woman’s ability was the most reasonable or rational response to rape”. Indeed, rapists often employ subtle coercion or bullying when this is sufficient to overcome their victims. In most cases of rape against children, violence is not necessary to obtain submission. Courts are also recognising that some women become frozen with fear at the onset of a sexual attack and thus cannot resist (*People v. Iniguez*, 872 P.2d 1183, 1189 (California, 1994)).



*(vi) Other legal systems*

147. Interights also submitted analyses of the relevant law in Australia, Canada and South Africa, concluding that lack of consent was the defining element of rape and sexual abuse in those countries and that proof of use of physical force by the perpetrator or of physical resistance by the victim was not required.

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

### *1. General approach*

#### **(a) The existence of a positive obligation to punish rape and to investigate rape cases**

148. Having regard to the nature and the substance of the applicant's complaints in this particular case, the Court finds that they fall to be examined primarily under Articles 3 and 8 of the Convention.

149. The Court reiterates that the obligation of the High Contracting Parties under Article 1 of the Convention to secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in the Convention, taken together with Article 3, requires States to take measures designed to ensure that individuals within their jurisdiction are not subjected to ill-treatment, including ill-treatment administered by private individuals (see *A. v. the United Kingdom*, judgment of 23 September 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VI, p. 2699, § 22; *Z and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 29392/95, §§ 73-75, ECHR 2001-V; and *E. and Others v. the United Kingdom*, no. 33218/96, 26 November 2002).

150. Positive obligations on the State are inherent in the right to effective respect for private life under Article 8; these obligations may involve the adoption of measures even in the sphere of the relations of individuals between themselves. While the choice of the means to secure compliance with Article 8 in the sphere of protection against acts of individuals is in principle within the State's margin of appreciation, effective deterrence against grave acts such as rape, where fundamental values and essential aspects of private life are at stake, requires efficient criminal-law provisions. Children and other vulnerable individuals, in particular, are entitled to effective protection (see *X and Y v. the Netherlands*, judgment of 26 March 1985, Series A no. 91, pp. 11-13, §§ 23-24 and 27, and *August v. the United Kingdom* (dec.), no. 36505/02, 21 January 2003).

151. In a number of cases, Article 3 of the Convention gives rise to a positive obligation to conduct an official investigation (see *Assenov and Others v. Bulgaria*, judgment of 28 October 1998, *Reports* 1998-VIII, p. 3290, § 102). Such a positive obligation cannot be considered in principle to be

limited solely to cases of ill-treatment by State agents (see, *mutatis mutandis*, *Calvelli and Ciglio v. Italy* [GC], no. 32967/96, ECHR 2002-I).

152. Further, the Court has not excluded the possibility that the State's positive obligation under Article 8 to safeguard the individual's physical integrity may extend to questions relating to the effectiveness of a criminal investigation (see *Osman v. the United Kingdom*, judgment of 28 October 1998, *Reports* 1998-VIII, p. 3164, § 128).

153. On that basis, the Court considers that States have a positive obligation inherent in Articles 3 and 8 of the Convention to enact criminal-law provisions effectively punishing rape and to apply them in practice through effective investigation and prosecution.

**(b) The modern conception of the elements of rape and its impact on the substance of member States' positive obligation to provide adequate protection**

154. In respect of the means to ensure adequate protection against rape, States undoubtedly enjoy a wide margin of appreciation. In particular, perceptions of a cultural nature, local circumstances and traditional approaches are to be taken into account.

155. The limits of the national authorities' margin of appreciation are nonetheless circumscribed by the Convention provisions. In interpreting them, since the Convention is first and foremost a system for the protection of human rights, the Court must have regard to the changing conditions within Contracting States and respond, for example, to any evolving convergence as to the standards to be achieved (see *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, § 74, ECHR 2002-VI).

156. The Court observes that, historically, proof of physical force and physical resistance was required under domestic law and practice in rape cases in a number of countries. The last decades, however, have seen a clear and steady trend in Europe and some other parts of the world towards abandoning formalistic definitions and narrow interpretations of the law in this area (see paragraphs 88-108 and 126-47 above).

157. Firstly, it appears that a requirement that the victim must resist physically is no longer present in the statutes of European countries.

158. In common-law countries, in Europe and elsewhere, reference to physical force has been removed from the legislation and/or case-law (see paragraphs 98, 100 and 138-47 above, in relation to Ireland, the United Kingdom, the United States of America and other countries). Irish law explicitly states that consent cannot be inferred from lack of resistance (see paragraph 98 above).

159. In most European countries influenced by the continental legal tradition, the definition of rape contains references to the use of violence or threats of violence by the perpetrator. It is significant, however, that in case-law and legal theory lack of consent, not force, is seen as the

constituent element of the offence of rape (see paragraphs 90-97, 99 and 130-37 above).

160. Belgian law was amended in 1989 to state that any act of sexual penetration would constitute rape when committed in respect of a person who had not given consent. Thus, while the reference to “violence, duress or ruse” as punishable means of imposing a non-consensual act remains in the statute, violence and/or physical resistance are not elements of rape in Belgian law (see paragraphs 90 and 130-34 above).

161. Regardless of the specific wording chosen by the legislature, in a number of countries the prosecution of non-consensual sexual acts in all circumstances is sought in practice by means of interpretation of the relevant statutory terms (“coercion”, “violence”, “duress”, “threat”, “ruse”, “surprise” or others) and through a context-sensitive assessment of the evidence (see paragraphs 95 and 130-47 above).

162. The Court also notes that the member States of the Council of Europe, through the Committee of Ministers, have agreed that penalising non-consensual sexual acts, “[including] in cases where the victim does not show signs of resistance”, is necessary for the effective protection of women against violence (see paragraph 101 above) and have urged the implementation of further reforms in this area.

163. In international criminal law, it has recently been recognised that force is not an element of rape and that taking advantage of coercive circumstances to proceed with sexual acts is also punishable. The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia has found that, in international criminal law, any sexual penetration without the victim’s consent constitutes rape and that consent must be given voluntarily, as a result of the person’s free will, assessed in the context of the surrounding circumstances (see paragraphs 102-07 above). While the above definition was formulated in the particular context of rapes committed against the population in the conditions of an armed conflict, it also reflects a universal trend towards regarding lack of consent as the essential element of rape and sexual abuse.

164. As submitted by the intervener, the evolving understanding of the manner in which rape is experienced by the victim has shown that victims of sexual abuse – in particular, girls below the age of majority – often provide no physical resistance because of a variety of psychological factors or because they fear violence on the part of the perpetrator.

165. Moreover, the development of law and practice in that area reflects the evolution of societies towards effective equality and respect for each individual’s sexual autonomy.

166. In the light of the above, the Court is persuaded that any rigid approach to the prosecution of sexual offences, such as requiring proof of physical resistance in all circumstances, risks leaving certain types of rape unpunished and thus jeopardising the effective protection of the

individual's sexual autonomy. In accordance with contemporary standards and trends in that area, the member States' positive obligations under Articles 3 and 8 of the Convention must be seen as requiring the penalisation and effective prosecution of any non-consensual sexual act, including in the absence of physical resistance by the victim.

**(c) The Court's task in the present case**

167. In the light of the above, the Court's task is to examine whether or not the impugned legislation and practice and their application in the case at hand, combined with the alleged shortcomings in the investigation, had such significant flaws as to amount to a breach of the respondent State's positive obligations under Articles 3 and 8 of the Convention.

168. The issue before the Court is limited to the above. The Court is not concerned with allegations of errors or isolated omissions in the investigation; it cannot replace the domestic authorities in the assessment of the facts of the case; nor can it decide on the alleged perpetrators' criminal responsibility.

*2. Application of the Court's approach*

169. The applicant alleged that the authorities' attitude in her case was rooted in defective legislation and reflected a predominant practice of prosecuting rape perpetrators only in the presence of evidence of significant physical resistance.

170. The Court observes that Article 152 § 1 of the Bulgarian Criminal Code does not mention any requirement of physical resistance by the victim and defines rape in a manner which does not differ significantly from the wording found in statutes of other member States. As seen above, many legal systems continue to define rape by reference to the means used by the perpetrator to obtain the victim's submission (see paragraphs 74 and 88-100).

171. What is decisive, however, is the meaning given to words such as "force" or "threats" or other terms used in legal definitions. For example, in some legal systems "force" is considered to be established in rape cases by the very fact that the perpetrator proceeded with a sexual act without the victim's consent or because he held her body and manipulated it in order to perform a sexual act without consent. As noted above, despite differences in statutory definitions, the courts in a number of countries have developed their interpretation so as to try to encompass any non-consensual sexual act (see paragraphs 95 and 130-47).

172. In the present case, in the absence of case-law explicitly dealing with the question whether every sexual act carried out without the victim's consent is punishable under Bulgarian law, it is difficult to arrive at safe general conclusions on this issue on the basis of the Supreme

Court's judgments and legal publications (see paragraphs 75-85 above). Whether or not a sexual act in a particular case is found to have involved coercion always depends on a judicial assessment of the facts. A further difficulty is the absence of a reliable study of prosecutorial practice in cases which never reached the courts.

173. Nonetheless, it is noteworthy that the Government were unable to provide copies of judgments or legal commentaries clearly disproving the allegations of a restrictive approach in the prosecution of rape. The Government's own submissions on the elements of rape in Bulgarian law were inconsistent and unclear (see paragraphs 122-23 above). Finally, the fact that the vast majority of the Supreme Court's reported judgments concerned rapes committed with the use of significant violence (except those where the victim was physically or mentally disabled), although not decisive, may be seen as an indication that most of the cases where little or no physical force and resistance were established were not prosecuted (see paragraphs 74-85, 113, 122 and 123 above).

174. The Court is not required to seek conclusive answers about the practice of the Bulgarian authorities in rape cases in general. It is sufficient for the purposes of the present case to observe that the applicant's allegation of a restrictive practice is based on reasonable arguments and has not been disproved by the Government.

175. Turning to the particular facts of the applicant's case, the Court notes that, in the course of the investigation, many witnesses were heard and an expert report by a psychologist and a psychiatrist was ordered. The case was investigated and the prosecutors gave reasoned decisions, explaining their position in some detail (see paragraphs 44-65 above).

176. The Court recognises that the Bulgarian authorities faced a difficult task, as they were confronted with two conflicting versions of the events and little "direct" evidence. The Court does not underestimate the efforts made by the investigator and the prosecutors in their work on the case.

177. It notes, nonetheless, that the presence of two irreconcilable versions of the facts obviously called for a context-sensitive assessment of the credibility of the statements made and for verification of all the surrounding circumstances. Little was done, however, to test the credibility of the version of the events proposed by P. and A. and the witnesses called by them. In particular, the witnesses whose statements contradicted each other, such as Ms T. and Mr M., were not confronted. No attempt was made to establish with more precision the timing of the events. The applicant and her representative were not given the opportunity to put questions to the witnesses whom she accused of perjury. In their decisions, the prosecutors did not devote any attention to the question whether the story proposed by P. and A. was credible, although some of their statements called for caution, such as the

assertion that the applicant, 14 years old at the time, had started caressing A. minutes after having sex for the first time in her life with another man (see paragraphs 16-65 above).

178. The Court thus considers that the authorities failed to explore the available possibilities for establishing all the surrounding circumstances and did not assess sufficiently the credibility of the conflicting statements made.

179. It is highly significant that the reason for that failure was, apparently, the investigator's and the prosecutors' opinion that, since what was alleged to have occurred was a "date rape", in the absence of "direct" proof of rape such as traces of violence and resistance or calls for help, they could not infer proof of lack of consent and, therefore, of rape from an assessment of all the surrounding circumstances. That approach transpires clearly from the position of the investigator and, in particular, from the regional prosecutor's decision of 13 May 1997 and the Chief Public Prosecutor's decision of 24 June 1997 (see paragraphs 55, 60, 61, 64 and 65 above).

180. Furthermore, it appears that the prosecutors did not exclude the possibility that the applicant might not have consented, but adopted the view that in any event, in the absence of proof of resistance, it could not be concluded that the perpetrators had understood that the applicant had not consented (see the text of the prosecutors' decisions in paragraphs 64 and 65 above). The prosecutors forwent the possibility of proving the perpetrators' *mens rea* by assessing all the surrounding circumstances, such as evidence that they had deliberately misled the applicant in order to take her to a deserted area, thus creating an environment of coercion, and also by judging the credibility of the versions of the facts proposed by the three men and witnesses called by them (see paragraphs 21, 63 and 66-68 above).

181. The Court considers that, while in practice it may sometimes be difficult to prove lack of consent in the absence of "direct" proof of rape, such as traces of violence or direct witnesses, the authorities must nevertheless explore all the facts and decide on the basis of an assessment of all the surrounding circumstances. The investigation and its conclusions must be centred on the issue of non-consent.

182. That was not done in the applicant's case. The Court finds that the failure of the authorities in the applicant's case to investigate sufficiently the surrounding circumstances was the result of their putting undue emphasis on "direct" proof of rape. Their approach in the particular case was restrictive, practically elevating "resistance" to the status of defining element of the offence.

183. The authorities may also be criticised for having attached little weight to the particular vulnerability of young persons and the special psychological factors involved in cases concerning the rape of minors (see paragraphs 58-60 above).

184. Furthermore, they handled the investigation with significant delays (see paragraphs 44-46 above).

185. In sum, the Court, without expressing an opinion on the guilt of P. and A., finds that the investigation of the applicant's case and, in particular, the approach taken by the investigator and the prosecutors in the case fell short of the requirements inherent in the States' positive obligations – viewed in the light of the relevant modern standards in comparative and international law – to establish and apply effectively a criminal-law system punishing all forms of rape and sexual abuse.

186. As regards the Government's argument that the national legal system provided for the possibility of a civil action for damages against the perpetrators, the Court notes that this assertion has not been substantiated. In any event, as stated above, effective protection against rape and sexual abuse requires measures of a criminal-law nature (see paragraphs 124 and 148-53 above).

187. The Court thus finds that in the present case there has been a violation of the respondent State's positive obligations under both Articles 3 and 8 of the Convention. It also holds that no separate issue arises under Article 13 of the Convention.

## II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 14 OF THE CONVENTION

188. Comparing the texts of Articles 157 § 2 and 152 of the Bulgarian Criminal Code, which concern the age of consent for sexual activity, the applicant complained that the law afforded better protection against rape to "homosexual children" than to "heterosexual children".

Article 14 of the Convention provides:

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

189. In the light of its findings above, the Court considers that it is not necessary to examine the complaint under Article 14 of the Convention.

## III. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

190. 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

191. The applicant stated that she was continuing to suffer psychological trauma years after she had been raped. That was to a large extent due to the fact that the relevant law and practice had not ensured effective protection. Furthermore, the investigation in her case had been flawed and had victimised her.

192. On that basis, referring to several of the Court's judgments in cases of sexual abuse, the applicant claimed 20,000 euros (EUR) in respect of non-pecuniary damage.

193. The Government submitted that the amount claimed was excessive.

194. The Court considers that the applicant must have suffered distress and psychological trauma resulting at least partly from the shortcomings in the authorities' approach found in the present case. Making an assessment on an equitable basis, the Court awards her EUR 8,000.

### B. Costs and expenses

195. The applicant claimed EUR 4,740 for a total of 118.5 hours of legal work on her case, at the rate of EUR 40 per hour. She submitted a fee agreement with her lawyer, signed in 2003 by her mother, and a time sheet. The applicant's lawyer explained that the fee agreement had been signed by the applicant's mother because he had been initially hired by her, the applicant having been under age at the time.

196. The Government stated that the fee agreement was not valid because the applicant had turned 18 in September 1998 and since then her mother had no longer been entitled to act on her behalf. Even at the time of the initial, apparently oral, agreement between the mother and the lawyer, the applicant had been over 14 years of age and had thus been entitled under Bulgarian law to perform legal acts with her mother's approval.

197. The Government also stated that the parties had agreed on the hourly rate of EUR 40 in 2003, at the final stage of the proceedings, which meant that a high and arbitrary fee had been fixed. In "other circumstances", the applicant would not have agreed to pay such amounts.

198. According to the Court's established case-law, costs and expenses will not be awarded under Article 41 unless it is established that they were actually and necessarily incurred and are also reasonable as to quantum. Furthermore, legal costs are only recoverable in so far as they relate to the violation found (see *Beyeler v. Italy* (just satisfaction) [GC], no. 33202/96, § 27, 28 May 2002).

199. The Government have not disputed the fact that the applicant's lawyer had carried out legal work in her case, after being given a power of



attorney dated 27 November 1997 signed by the applicant and her mother, at a time when the applicant had not yet reached the age of majority (see paragraphs 2 and 9 above). It has not been alleged that the applicant disputes the costs her lawyer has charged her or that the amounts claimed are unrelated to the violation found in the present case. In these circumstances, there is no doubt that the legal costs claimed were actually and necessarily incurred.

200. The Government have not objected to the number of hours of legal work claimed. The Court further considers that the hourly rate of EUR 40 is not excessive. Accordingly, deducting EUR 630 received in legal aid from the Council of Europe, it awards EUR 4,110 in respect of costs.

### **C. Default interest**

201. The Court considers it appropriate that the default interest should be based on the marginal lending rate of the European Central Bank, to which should be added three percentage points.

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

1. *Holds* that there has been a violation of the respondent State's positive obligations under both Articles 3 and 8 of the Convention;
2. *Holds* that no separate issue arises under Article 13 of the Convention;
3. *Holds* that it is not necessary to examine the applicant's complaints under Article 14 of the Convention;
4. *Holds*
  - (a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months from the date on which the judgment becomes final according to Article 44 § 2 of the Convention, the following amounts, to be converted into the national currency of the respondent State at the rate applicable at the date of settlement:
    - (i) EUR 8,000 (eight thousand euros) in respect of non-pecuniary damage;
    - (ii) EUR 4,110 (four thousand one hundred and ten euros) in respect of costs and expenses;
    - (iii) any tax that may be chargeable on the above amounts;
  - (b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amounts at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;
5. *Dismisses* the remainder of the applicant's claim for just satisfaction.

Done in English, and notified in writing on 4 December 2003, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Søren NIELSEN  
Deputy Registrar

Christos ROZAKIS  
President

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

C.L.R.  
S.N.

## CONCURRING OPINION OF JUDGE TULKENS

(Translation)

In this particularly sensitive and delicate case, I should simply like to make a few additional observations.

1. I consider that it was important and significant that the Court should examine the case under both Article 3 and Article 8 of the Convention. Rape infringes not only the right to personal integrity (both physical and psychological) as guaranteed by Article 3, but also the right to autonomy as a component of the right to respect for private life as guaranteed by Article 8.

2. I agree entirely with the Court's general approach (see paragraphs 148 et seq. of the judgment) and the manner in which it was applied in the present case (see paragraphs 169 et seq.). The only point I wish to clarify concerns the use of criminal remedies. Relying, in particular, on *X and Y v. the Netherlands* (judgment of 26 March 1985, Series A no. 91), the Court considers that "States have a positive obligation inherent in Articles 3 and 8 of the Convention to enact criminal-law provisions effectively punishing rape" (see paragraph 153). Admittedly, recourse to the criminal law may be understandable where offences of this kind are concerned. However, it is also important to emphasise *on a more general level*, as, indeed, the Court did in *X and Y v. the Netherlands* itself, that "[r]ecourse to the criminal law is not necessarily the only answer" (p. 12, § 24 *in fine*). I consider that criminal proceedings should remain, both in theory and in practice, a last resort or subsidiary remedy and that their use, even in the context of positive obligations, calls for a certain degree of "restraint". As to the assumption that criminal remedies are, in any event, the most effective in terms of deterrence, the observations set out in the *Report on Decriminalisation* by the European Committee on Crime Problems clearly show that the effectiveness of general deterrence based on the criminal law depends on various factors and that such an approach "is not the only way of preventing undesirable behaviour"<sup>1</sup>.

3. That said, in the present case, as in *X and Y v. the Netherlands* (p. 13, § 27), once the State has opted for a system of protection based on the criminal law, it is of course essential that the relevant criminal-law provisions are fully and rigorously applied in order to provide the applicant with practical and effective protection. In that connection, the Court's observation that "[t]he investigation and its conclusion must be centred on the issue of non-consent" (see paragraph 181 of the present judgment) is, in my opinion, of fundamental importance.

---

1. European Committee on Crime Problems, *Report on Decriminalisation*, Strasbourg, Council of Europe, 1980, pp. 75-78.



M.C. c. BULGARIE  
(*Requête n° 39272/98*)

PREMIÈRE SECTION

ARRÊT DU 4 DÉCEMBRE 2003<sup>1</sup>

---

1. Traduction; original anglais.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Adéquation de la protection prévue par le droit et la pratique internes contre les actes sexuels non consentuels****Articles 3 et 8**

*Traitement inhumain et dégradant – Vie privée – Intégrité physique – Autonomie sexuelle – Obligations positives – Adéquation de la protection prévue par le droit et la pratique internes contre les actes sexuels non consentuels – Exigence traditionnelle de la preuve de l'emploi de la force pour établir l'infraction de viol – Tendances générales dans les systèmes juridiques d'Europe et d'ailleurs – Façon restrictive qu'auraient les autorités internes d'envisager les enquêtes et les poursuites en matière de viol – Obligation pour les autorités d'examiner les allégations de viol en tenant compte des circonstances de l'affaire, qu'elles doivent vérifier dans leur ensemble – Importance de la question de l'absence de consentement dans une enquête sur un viol – Insuffisances de l'enquête*

\*

\* \*

La requérante allègue avoir été violée par deux hommes, A. et P., alors qu'elle était âgée de quatorze ans et dix mois. Elle affirme qu'elle avait accepté de se rendre dans une discothèque d'une ville voisine avec les deux hommes, qu'elle connaissait, et un troisième homme, V.A. Sur le chemin du retour, les hommes s'arrêtèrent à un réservoir pour nager, malgré les protestations de la requérante. Celle-ci resta dans la voiture. P. revint avant les autres et contraignit l'intéressée à avoir une relation sexuelle avec lui. Plus tard, le groupe se rendit dans la maison d'un proche de V.A., où A. obligea la requérante à avoir une relation sexuelle avec lui. La mère de la requérante retrouva celle-ci dans la maison le lendemain matin et la conduisit à l'hôpital, où un examen médical permit de constater la rupture récente de l'hymen et la présence de quatre petites ecchymoses ovales, ainsi que d'éraflures sur la nuque de la jeune fille. Le procureur de district ouvrit une instruction. P. et A. soutinrent que la requérante avait pleinement consenti à une relation sexuelle avec eux. Le procureur de district jugea que l'enquête n'avait pas été objective et ordonna un complément d'instruction. Le magistrat instructeur recueillit l'avis d'un psychologue et d'un psychiatre qui estimèrent que l'intéressée avait dû être en proie à un conflit intérieur entre un intérêt naturel pour la relation sexuelle et l'idée que l'acte était répréhensible, ce qui aurait réduit sa capacité à résister et à se défendre. Il considéra que ces avis ne mettaient pas en cause sa conclusion antérieure. Sur sa proposition, le procureur de district ordonna la clôture de la procédure pénale au motif que l'emploi de la force physique ou de menaces n'avait pas été suffisamment prouvé, et que, en particulier, il n'avait pas été démontré que la requérante eût résisté. Celle-ci intenta des recours, sans succès.

---

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

Articles 3 et 8: les Etats ont l'obligation positive, inhérente à ces articles, d'adopter des dispositions en matière pénale qui sanctionnent effectivement le viol et de les appliquer en pratique au travers d'une enquête et de poursuites effectives. Traditionnellement, le droit et la pratique internes d'un certain nombre de pays exigeaient la preuve de l'emploi de la force physique et de la résistance physique dans les cas de viol. Pourtant, on observe en Europe et dans d'autres parties du monde une tendance nette et constante à l'abandon de la résistance physique comme élément constitutif de cette infraction. La Cour est donc convaincue qu'exiger dans tous les cas la preuve qu'il y a eu résistance physique risque d'aboutir à l'impunité de certains types de viol et par là même de compromettre la protection effective de l'autonomie sexuelle de l'individu. Il y a lieu, par conséquent, de considérer que les obligations positives qui pèsent sur l'Etat exigent la pénalisation et la répression effective de tout acte sexuel non consensuel, y compris lorsque la victime n'a pas opposé de résistance physique. En l'espèce, il incombe seulement à la Cour de rechercher si oui ou non la législation et la pratique, ainsi que leur application, associées aux insuffisances alléguées de l'enquête, étaient défailtantes au point d'emporter violation des obligations positives qui incombent à l'Etat; la Cour ne saurait se substituer aux autorités internes dans l'appréciation des faits de la cause ou statuer sur la responsabilité pénale des agresseurs présumés. Elle n'a pas à se prononcer sur l'allégation par la requérante d'une pratique restrictive des autorités bulgares en matière de poursuites pour viol de manière générale; il suffit de constater que l'allégation est fondée sur des arguments raisonnables et n'a pas été réfutée par le Gouvernement. La Cour reconnaît que les autorités n'avaient pas la tâche aisée puisqu'elles se trouvaient en présence de deux versions contradictoires des faits et qu'il existait peu de preuves «directes». Elle ne sous-estime pas les efforts déployés par le magistrat instructeur et les procureurs. Elle considère néanmoins que les autorités n'ont pas procédé à une appréciation de la crédibilité des déclarations obtenues par rapport aux circonstances de l'espèce et ne se sont pas livrées à une vérification de celles-ci. Si, en pratique, il peut se révéler difficile d'établir l'absence de consentement sans preuves «directes» de viol, les autorités n'en ont pas moins l'obligation d'examiner tous les faits et de statuer après avoir apprécié l'ensemble des circonstances. En outre, l'enquête doit porter avant tout sur la question de l'absence de consentement. En l'espèce, les autorités n'ont pas suffisamment examiné les circonstances parce qu'elles ont accordé trop d'importance à la preuve «directe». Leur démarche a donc été restrictive en cela qu'elles ont pratiquement fait de la «résistance» l'élément constitutif de l'infraction. Compte tenu d'autres insuffisances, y compris des retards importants, l'effectivité de l'enquête n'a pas répondu aux exigences inhérentes aux obligations positives de l'Etat consistant à établir et à appliquer effectivement un système pénal qui punisse toutes les formes de viol et de violence sexuelle.

*Conclusion* : violation (unanimité).

Article 41: la Cour alloue à la requérante une somme pour dommage moral ainsi que pour frais et dépens.

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

*X et Y c. Pays-Bas*, arrêt du 26 mars 1985, série A n° 91

*A. c. Royaume-Uni*, arrêt du 23 septembre 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VI



*Osman c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 octobre 1998, *Recueil* 1998-VIII  
*Assenov et autres c. Bulgarie*, arrêt du 28 octobre 1998, *Recueil* 1998-VIII  
*Z et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 29392/95, CEDH 2001-V  
*Calvelli et Ciglio c. Italie* [GC], n° 32967/96, CEDH 2002-I  
*Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, CEDH 2002-VI  
*E. et autres c. Royaume-Uni*, n° 33218/96, 26 novembre 2002



**En l'affaire M.C. c. Bulgarie,**

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

M. C.L. ROZAKIS, *président*,

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

N. VAJIĆ,

M. E. LEVITS,

M<sup>me</sup> S. BOTOUCHAROVA,

MM. A. KOVLER,

V. ZAGREBELSKY, *juges*,

et de M. S. NIELSEN, *greffier adjoint de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 13 novembre 2003,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 39272/98) dirigée contre la République de Bulgarie et dont une ressortissante de cet Etat, M.C. (« la requérante »), avait saisi la Commission européenne des Droits de l'Homme (« la Commission ») le 23 décembre 1997 en vertu de l'ancien article 25 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (« la Convention »). Une fois la Cour saisie, le président de la chambre a accédé à la demande de non-divulgaration de son identité formulée par la requérante (article 47 § 3 du règlement).

2. La requérante, qui a été admise au bénéfice de l'assistance judiciaire, est représentée par M<sup>r</sup> Y. Grozev, avocat à Sofia. M<sup>r</sup> Grozev a présenté une procuration datée du 27 novembre 1997, signée par la requérante et sa mère. Le gouvernement bulgare (« le Gouvernement ») est représenté par ses agentes M<sup>me</sup> V. Djidjeva, M<sup>me</sup> M. Dimova et M<sup>me</sup> M. Kotzeva, du ministère de la Justice.

3. La requérante alléguait la violation de ses droits au titre des articles 3, 8, 13 et 14 de la Convention. En effet, selon elle, le droit et la pratique internes en matière de viol et l'enquête sur le viol dont elle a été victime n'ont pas permis d'assurer le respect de l'obligation positive qui incombait à l'Etat défendeur de la protéger effectivement, par la loi, contre le viol et les violences sexuelles.

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 initialement été attribuée à la quatrième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement).

6. Le 1<sup>er</sup> novembre 2001, la Cour a modifié la composition de ses sections (article 25 § 1 du règlement). La présente requête est ainsi

échue à la première section telle que remaniée (article 52 § 1). Au sein de celle-ci, la chambre chargée d'examiner l'affaire (article 27 § 1 de la Convention) a été constituée conformément à l'article 26 § 1 du règlement.

7. Par une décision du 5 décembre 2002, la chambre a déclaré la requête recevable.

8. Tant la requérante que le Gouvernement ont déposé des observations écrites sur le fond de l'affaire (article 59 § 1 du règlement). La chambre a décidé après consultation des parties qu'il n'y avait pas lieu de tenir une audience consacrée au fond de l'affaire (article 59 § 3 *in fine* du règlement). Des observations ont également été reçues de Interights, une organisation non gouvernementale ayant son siège à Londres, que le président avait autorisée à intervenir dans la procédure écrite (article 36 § 2 de la Convention et ancien article 61 § 3 du règlement).

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

9. La requérante, née en 1980, est de nationalité bulgare.

10. Elle affirme avoir été violée par deux hommes le 31 juillet et le 1<sup>er</sup> août 1995, alors qu'elle était âgée de quatorze ans et dix mois. L'enquête qui s'ensuivit aboutit à la conclusion qu'il n'existait pas de preuves suffisantes pour établir que la requérante avait été contrainte à avoir des relations sexuelles.

#### A. Événements de la nuit du 31 juillet au 1<sup>er</sup> août 1995

##### 1. *Le soir du 31 juillet*

11. Le 31 juillet 1995, la requérante et une de ses amies attendaient devant une discothèque de la ville de K. lorsque trois hommes, P. (âgé de vingt et un ans à l'époque), A. (âgé de vingt ans à l'époque) et V.A. (dont l'âge n'est pas précisé), arrivèrent dans la voiture de P. La requérante connaissait P. et A. Elle avait rencontré P. dans la même discothèque et dansé avec lui à une occasion. A. était le frère aîné d'une amie de classe.

12. A. invita la requérante à se rendre avec lui et ses amis dans une discothèque située dans une petite ville à dix-sept kilomètres de là. La requérante affirme avoir accepté à la condition d'être rentrée chez elle avant 23 heures.

13. A la discothèque, une ou deux personnes du groupe consommèrent des boissons. La requérante vit des amis avec qui elle discuta brièvement.

Elle soutient qu'elle ne cessa de demander aux hommes l'accompagnant de partir, car l'heure avançait.

14. Tard dans la soirée, le groupe quitta la discothèque en direction de K. Sur la route, ils furent brièvement arrêtés par la police pour un contrôle.

15. Ensuite, A. proposa de s'arrêter à un réservoir proche pour nager. Selon la requérante, ils s'y rendirent malgré ses protestations. Elle affirme qu'elle n'avait pas soupçonné les intentions des hommes.

## *2. Les faits survenus au réservoir*

16. Au réservoir, la requérante dit ne pas vouloir nager et resta dans la voiture, sur le siège passager avant. Les trois hommes allèrent se baigner. Peu après, P. revint et s'assit sur le siège avant à côté de la requérante.

17. Dans les déclarations qu'elle fit aux enquêteurs, la requérante expliqua que P. avait alors pressé son corps contre le sien, proposé qu'ils «devinssent amis» et commencé à l'embrasser. La requérante aurait repoussé ses avances en lui demandant de partir. P. avait continué à l'embrasser alors qu'elle essayait de l'écartier d'elle. Il avait ensuite baissé le siège de la voiture à l'horizontale, saisi les mains de la jeune fille en les lui plaquant de force derrière le dos. La requérante avait pris peur et se sentait en même temps honteuse de s'être mise dans une telle situation. Elle n'avait pas eu la force de résister violemment ou de crier. Elle avait en vain tenté de repousser P., qui était bien plus fort qu'elle. P. l'avait en partie dévêtue et obligée à avoir une relation sexuelle avec lui.

18. Lors de son témoignage, la requérante déclara: «C'était la première fois et j'ai eu très mal. Je ne me sentais pas bien et eus envie de vomir. J'ai fondu en larmes.»

19. Selon les déclarations de P., il a eu un rapport sexuel avec la requérante dans la voiture avec le consentement total de l'intéressée. Il avait commencé à l'embrasser, elle lui avait rendu ses baisers. Il avait tenté sans succès de déboutonner le jean ou de défaire la ceinture de la jeune fille; elle l'avait alors fait elle-même et avait enlevé ses sous-vêtements.

20. En ayant terminé, P. avait quitté la voiture et s'était approché de A. et de V.A. A. déclara à la police que P. leur avait dit avoir «sauté» la requérante. Peu de temps après, les trois hommes étaient revenus à la voiture et le groupe était reparti.

21. La requérante expliqua au magistrat instructeur avoir soupçonné par la suite que les trois hommes avaient prévu d'avoir des relations sexuelles avec elle et avaient pour ce faire inventé le prétexte d'aller nager pour l'emmenner dans un lieu désert. Elle ne se souvenait notamment pas d'avoir vu A. et V.A. mouillés quand ils avaient regagné la voiture, alors qu'ils avaient insisté pour aller nager au réservoir.

### 3. *L'allégation du second viol*

22. La requérante affirma par la suite qu'après le premier viol elle était très perturbée et pleura beaucoup. P. et A. déclarèrent quant à eux lorsqu'ils furent interrogés que la requérante était d'excellente humeur, avait commencé à caresser A., ce qui avait irrité P. L'intéressée avait également demandé à aller au bar ou au restaurant. Le groupe s'était rendu dans un restaurant où la requérante avait brièvement discuté avec M<sup>me</sup> T., la chanteuse qui y travaillait. M<sup>me</sup> T. se trouvait à table avec un certain M. M.

23. M<sup>me</sup> T. déclara que le 1<sup>er</sup> août 1995 elle était au restaurant avec M. M. Peu après minuit, la requérante, qu'elle connaissait vaguement, s'était approchée d'elle pour lui demander si son groupe se produirait les jours suivants. M<sup>me</sup> T. se souvenait avoir alors vu un homme qui attendait à la porte. Ayant obtenu la réponse à sa question, la requérante était partie. M<sup>me</sup> T. précisa que la jeune fille semblait joyeuse et qu'il n'y avait rien d'anormal dans son comportement.

24. M. M. fut également interrogé par la police. Il déclara qu'il connaissait très bien la requérante mais ne se souvenait pas l'avoir vue ce soir-là.

25. La requérante contesta les déclarations de P., A., V.A. et M<sup>me</sup> T. en soutenant qu'ils n'étaient pas allés au restaurant et qu'elle ne connaissait pas M<sup>me</sup> T. La requérante et sa mère accusèrent par la suite M<sup>me</sup> T. de faux témoignage (paragraphe 66-68 ci-dessous).

26. Au lieu de rentrer à K., le groupe se rendit vers trois heures du matin dans une ville avoisinante, où des proches de V.A. avaient une maison. A., V.A. et la requérante sortirent de la voiture. P., qui était le propriétaire du véhicule, partit.

27. Les trois hommes et un boulanger, M. S., qu'ils citèrent comme témoin, affirmèrent par la suite que le groupe s'était dans l'intervalle brièvement arrêté à la boulangerie de M. S. Celui-ci aurait eu les clefs de la maison. Interrogé, il déclara que vers deux heures du matin, il avait donné les clefs à V.A. et avait vu la requérante attendant dans la voiture, apparemment de bonne humeur. De la musique forte venait du véhicule. La requérante nia qu'ils se fussent rendus dans une boulangerie et accusa le boulanger de faux témoignage. P., A. et V.A. déclarèrent qu'ils avaient décidé d'aller dans cette maison parce que la requérante leur avait expliqué qu'elle s'était disputée avec sa mère et ne voulait pas rentrer chez elle.

28. La requérante dit à la police qu'elle s'était sentie perdue et avait éprouvé le besoin d'être protégée. Comme A. était le frère d'une camarade de classe, elle s'attendait à ce qu'il la protégeât et l'avait suivi ainsi que V.A. dans une pièce du rez-de-chaussée de la maison.

29. Il y avait un lit dans la pièce et la requérante s'y était assise. Les deux hommes avaient fumé et parlé un moment. V.A. avait ensuite quitté la pièce.

30. La requérante affirma qu'à ce moment-là A. s'était assis à côté d'elle, l'avait poussée pour l'allonger sur le lit, l'avait déshabillée et obligée à avoir une relation sexuelle avec lui. La requérante n'avait pas eu la force de résister violemment. Elle avait seulement supplié l'homme d'arrêter. Par la suite, elle expliqua dans sa déclaration :

«Je me suis mise à pleurer en lui demandant d'arrêter (...) Il a commencé à me caresser les seins et à me sucer le cou (...) A un moment il a enlevé mon jean et mes sous-vêtements avec les pieds. Il m'a alors écarté les jambes avec les siennes et m'a pénétrée de force... [Après qu'il a terminé] j'ai fondu en larmes et ai pleuré jusqu'au matin, puis me suis endormie (...) [V.A.] m'a réveillée en me disant que [A.] était allé chercher une voiture pour me ramener à K. Je me suis assise sur le lit et me suis mise à pleurer.»

31. A. affirma devant la police qu'il avait eu une relation sexuelle avec la requérante du plein gré de celle-ci.

#### 4. La matinée du 1<sup>er</sup> août 1995

32. Le lendemain matin vers sept heures, la mère de la requérante trouva sa fille dans la maison des proches de V.A. La mère déclara que, ayant appris par des voisins que sa fille avait été vue la nuit précédente avec A., elle s'était dirigée vers la maison de A. et avait rencontré V.A. dans la rue. V.A. aurait tenté d'induire la mère de la requérante en erreur afin de gagner du temps et de prévenir A. Elle avait néanmoins insisté.

33. Au cours de l'enquête, la requérante et sa mère soutinrent que la première avait immédiatement informé la seconde qu'elle avait été violée. A. aurait également été présent. Il aurait expliqué à la mère qu'un «routier» avait eu une relation sexuelle avec sa fille la nuit précédente.

34. D'après la version de A., la requérante et sa mère s'étaient disputées, la fille avait refusé de partir avec sa mère et lui avait dit de s'en aller. Un voisin, apparemment cité comme témoin par A. ou V.A., déclara avoir entendu la dispute, en particulier le refus de la requérante de partir avec sa mère; selon lui, l'intéressée avait également expliqué que rien ne lui était arrivé. La requérante accusa le témoin de faux témoignage.

35. La requérante et sa mère s'étaient directement rendues à l'hôpital local où on les avait envoyées vers un médecin légiste. M.C. avait été examinée vers 16 heures.

36. Le médecin avait constaté que l'hymen avait été rompu peu de temps avant. Il avait également observé sur la nuque de la requérante des éraflures de 35 mm sur 4 mm ainsi que quatre petites ecchymoses ovales. Comme il ressort du certificat médical, la requérante n'avait fait état que d'un seul viol, et déclaré qu'il avait eu lieu entre 22 h 30 et 23 heures le soir précédent, au réservoir.

## **B. Événements survenus entre le 1<sup>er</sup> et le 11 août 1995**

37. La requérante déclara que dans les jours qui suivirent elle avait refusé de parler de l'incident avec sa mère. Elle n'avait pas donné de détails, ni mentionné le second viol. Elle expliqua qu'elle vivait dans une petite ville conservatrice où la virginité était considérée comme un atout pour le mariage. Elle avait honte de « ne pas avoir su protéger sa virginité » et de « ce que les gens en diraient ».

38. Le soir qui a suivi les faits, le 1<sup>er</sup> août 1995, P. avait rendu visite à la famille de la requérante. Celle-ci et sa mère déclarèrent que, ce soir-là, P. avait imploré pardon et affirmé qu'il épouserait la requérante lorsqu'elle aurait atteint l'âge requis. La mère de la requérante avait estimé raisonnable, dans les circonstances, d'accepter l'offre. Cela avait influé sur le comportement initial de la requérante, qui avait accepté, comme le souhaitait sa mère, de minimiser la gravité des faits.

39. Un des soirs suivants, la requérante était sortie avec P. et certains de ses amis.

40. P. et V.A. – ce dernier soutenant qu'il était avec P. lorsque celui-ci s'était rendu au domicile de la requérante le 1<sup>er</sup> août 1995 au soir – déclarèrent que la mère de la jeune fille leur avait dit que « tout plaisir se paye » et avait tenté de leur extorquer de l'argent.

41. La grand-mère de P. fit également une déclaration à la police. Elle affirma qu'à une date non précisée la mère de la requérante était venue chez elle pour tenter de lui extorquer de l'argent.

42. En ce qui concerne cette visite et d'autres faits pertinents, M<sup>me</sup> D., une voisine et amie de la mère de la requérante, indiqua que son amie était très perturbée par les événements et avait autorisé sa fille à sortir avec P. parce que celui-ci affirmait aimer M.C. La mère de l'intéressée avait toutefois décidé de parler aux parents de P. A une date non précisée, M<sup>me</sup> D. et une autre personne du voisinage s'étaient rendues au domicile de la famille de P. mais la grand-mère leur avait dit de partir, en expliquant que la requérante avait eu des relations sexuelles non seulement avec P. mais aussi avec A. A. était alors arrivé. M<sup>me</sup> D. lui avait demandé s'il était vrai qu'il avait couché avec M.C., ce qu'il avait confirmé, en ajoutant qu'il avait l'argent et le pouvoir de faire ce qui lui plaisait. La mère de la requérante n'avait jusqu'alors pas eu connaissance du second viol.

43. La requérante affirma qu'à la suite d'une visite du père de A., le 8 août 1995, elle avait « craqué » puis appris le second viol à sa mère. Le 10 août 1995, le père de M.C. était rentré après une absence de quelques jours. La famille avait discuté du problème et décidé de porter plainte, ce que la mère fit le 11 août 1995.



## C. Enquête

### 1. *Enquête de police initiale*

44. Le 11 août 1995, la requérante fit une déposition écrite au sujet des faits survenus le 31 juillet et le 1<sup>er</sup> août. Le même jour, P. et A. furent arrêtés; dans leurs dépositions écrites, ils soutinrent que la requérante avait eu des relations sexuelles avec eux de son plein gré. Les deux hommes furent libérés. V.A. et un voisin de la maison où le second viol aurait eu lieu firent également des dépositions écrites. Le 25 août 1995, un agent de police rédigea un rapport et transmit le dossier au procureur compétent.

45. Le 14 novembre 1995, le procureur de district ouvrit une instruction portant sur l'allégation de viol et renvoya l'affaire à un magistrat instructeur. Nul ne fut inculpé.

46. Aucun acte de procédure ne fut accompli entre novembre 1995 et novembre 1996.

### 2. *Procédure concernant les plaintes de P. et A. pour faux témoignage*

47. Le 24 août 1995, P. et A. portèrent plainte auprès du bureau du procureur de district: ils soutenaient que la requérante et sa mère les harcelaient en formulant de fausses déclarations publiques.

48. Le 28 août 1995, le procureur de district ordonna une enquête de police à ce sujet. En septembre et octobre 1995, plusieurs personnes furent entendues et firent des dépositions écrites.

49. Le 25 octobre 1995, un agent de police établit un rapport qui, apparemment, confirmait les allégations de P. et A. et discréditait celles de la requérante et de sa mère.

50. Le 27 octobre 1995, le dossier fut communiqué au bureau du procureur de district; celui-ci devait décider d'ouvrir ou non une procédure pénale à l'encontre de M.C. et de sa mère. Il semble que l'affaire ait été laissée en suspens et qu'aucune décision n'ait été prise à ce sujet.

### 3. *Réouverture de l'instruction sur le viol*

51. Entre le 2 novembre et le 9 décembre 1996, le magistrat instructeur interrogea la requérante, sa mère et d'autres témoins. P. et A. furent entendus comme témoins.

52. La requérante donna un compte rendu détaillé des faits, en répétant que P. avait eu raison d'elle en l'écrasant contre le siège de la voiture et en lui tordant les mains; après quoi elle s'était trouvée en état de choc et n'avait pu résister à A.

53. P. déclara pour sa part que la requérante avait nettement répondu à ses avances. Il affirma aussi qu'elle avait parlé avec M. M. au restaurant auquel ils se seraient rendus après avoir eu une relation sexuelle.

54. A. et P. déclarèrent tous deux notamment que peu de temps après avoir eu une relation sexuelle avec P. au réservoir, la requérante avait commencé à caresser A. dans la voiture.

55. Le 18 décembre 1996, le magistrat instructeur acheva son rapport. Il y indiquait qu'il n'était pas démontré que P. et A. eussent utilisé les menaces ou fait preuve de violence; il proposait au procureur de clore l'affaire.

56. Le 7 janvier 1997, le procureur de district ordonna un complément d'instruction. L'ordonnance précisait que l'enquête n'avait été ni objective, ni rigoureuse, ni complète.

57. Le 16 janvier 1997, le magistrat instructeur à qui l'affaire avait été confiée adressa un certain nombre de questions à un psychiatre et à un psychologue. Il demanda notamment aux experts s'il était vraisemblable que la requérante eût parlé calmement à M<sup>me</sup> T., la chanteuse du restaurant, puis écouté de la musique dans la voiture, si elle venait d'être violée; il leur demanda également s'il était vraisemblable que, quelques jours après le viol prétendu, la requérante fût sortie avec son violeur.

58. Les experts estimèrent que compte tenu de sa naïveté et de son inexpérience, la requérante n'avait apparemment pas envisagé qu'elle pourrait être agressée sexuellement. Rien ne montrait qu'elle eût été menacée ou blessée ou qu'elle eût été en état de choc durant les faits, puisqu'elle s'en souvenait apparemment bien. Les experts jugèrent que pendant les événements elle avait dû être subitement en proie à un conflit intérieur entre un intérêt naturel pour la relation sexuelle et l'idée que l'acte était répréhensible, ce qui aurait «réduit sa capacité à résister et à se défendre». Ils constatèrent en outre que la requérante avait une psychologie saine et qu'elle comprenait le sens des événements. Toutefois, étant donné son âge à l'époque, elle ne pouvait «faire preuve de convictions solides».

59. Les experts observèrent également que si M<sup>me</sup> T. et la requérante s'étaient effectivement rencontrées après les événements survenus au réservoir – ce qui était contesté –, il était malgré tout possible que la requérante eût échangé quelques mots avec M<sup>me</sup> T. après avoir été violée. Quant à la sortie de la requérante avec P. quelques jours après les événements, elle s'expliquait aisément par le désir de la famille de donner un sens socialement acceptable à l'incident.

60. Le 28 février 1997, le magistrat instructeur conclut son travail sur l'affaire et établit un rapport dans lequel il proposait à nouveau la clôture de la procédure. Il considérait que l'opinion des experts ne mettait pas en cause sa conclusion antérieure selon laquelle rien ne démontrait l'usage de la force ou de menaces.

61. Le 17 mars 1997, le procureur de district ordonna la clôture de l'instruction. Il concluait notamment que l'emploi de la force ou de

menaces n'avait pas été établi au-delà de tout doute raisonnable. En particulier, il n'avait pas été démontré que la requérante eût résisté ou cherché à obtenir de l'aide.

62. La requérante s'adressa au procureur régional puis au procureur général. Ses demandes furent rejetées respectivement par des décisions du 13 mai et du 24 juin 1997.

63. Les procureurs se fondèrent notamment sur les déclarations des prétendus violeurs et de V.A. selon lesquelles la requérante n'avait montré aucun signe de détresse après avoir eu une relation sexuelle avec P. au réservoir et avait parlé avec M<sup>me</sup> T. ce soir-là, ce que celle-ci confirma. En ce qui concerne les contestations de la requérante, qui soutenait que ces déclarations étaient fausses, la décision du 13 mai 1997 précisait que « les décisions des procureurs ne [pouvaient] se fonder sur des suppositions et les déclarations des témoins ne [pouvaient], en l'absence d'autres preuves, être rejetées seulement en raison de doutes (...) ».

64. La décision du 13 mai 1997 expliquait également :

« Certes, on constate dans le rapport psychiatrique des médecins légistes qu'en raison de son jeune âge et de son inexpérience [la requérante] n'était pas en mesure d'affirmer des convictions solides, c'est-à-dire de montrer fermement qu'elle ne voulait pas avoir de relation sexuelle. Il n'y a toutefois pas crime au sens de l'article 152 §§ 1 (2) et 3 du code pénal si [la requérante] n'a pas été contrainte, par la force physique ou des menaces, à avoir une relation sexuelle. Cela présuppose de la résistance; or il n'y a aucune preuve de résistance en l'espèce. P. et A. ne pourraient voir leur responsabilité pénale engagée que s'ils avaient compris qu'ils avaient une relation sexuelle contre la volonté de [la requérante] et avaient employé la force ou proféré des menaces dans le but précis d'avoir une relation contre sa volonté. Il n'existe pas de preuves suffisantes pour établir que [la requérante] a montré qu'elle ne voulait pas avoir une relation sexuelle et que P. et A. ont employé des menaces ou la force. »

Il était également noté dans la décision que la requérante avait précisé que les marques sur sa nuque étaient des traces de succion.

65. La décision du 24 juin 1997 reprenait ces conclusions tout en indiquant que la déclaration de M<sup>me</sup> T., la chanteuse du restaurant, n'était pas déterminante. Il y était ensuite expliqué :

« Ce qui est déterminant en l'espèce c'est qu'il n'a pas été démontré au-delà de tout doute raisonnable que la force physique ou psychologique fut employée contre [la requérante] ni que les relations sexuelles eurent lieu contre sa volonté et malgré sa résistance. On ne constate aucune trace de force physique, comme des blessures, des vêtements déchirés, etc. (...) »

Certes, il est étrange qu'une très jeune fille, vierge, ait une relation sexuelle deux fois dans un bref laps de temps avec deux personnes différentes, mais, en l'absence d'autres preuves et compte tenu du fait qu'il est impossible d'en rassembler d'autres, cela ne suffit pas à établir qu'il y a eu crime. »

#### 4. *Autres procédures*

66. En juin ou juillet 1997, la requérante et sa mère demandèrent l'ouverture d'une procédure pénale contre M<sup>me</sup> T. et d'autres témoins (y compris V.A.) qu'elles accusaient de faux témoignage. Selon elles, ils auraient fait de fausses déclarations dans le cadre de l'enquête sur le viol de M.C.

67. Le 14 juillet 1997, le procureur de district qui avait ordonné la clôture de l'instruction sur le viol repoussa la demande, en la déclarant dépourvue de fondement et même abusive car tous les faits avaient été clarifiés lors de la procédure antérieure.

68. Le recours que la requérante présenta par la suite devant le procureur régional fut rejeté le 6 février 1998.

#### **D. Rapport d'expertise présenté par la requérante**

69. En juin 2001, la requérante remit un rapport rédigé par deux experts bulgares, le docteur Svetlozar Vasilev, psychiatre, et M. Valeri Ivanov, psychologue, auxquels l'avocat de la requérante avait demandé des observations sur l'affaire.

70. En s'appuyant sur des publications scientifiques de différents pays, les experts indiquent que l'on distingue deux types de réaction des victimes de viol face à leur agresseur, le premier étant la résistance physique violente, l'autre la « peur paralysante » (connue aussi sous le nom de syndrome d'infantilisme psychologique traumatique). La peur paralysante s'explique par le fait que la victime ne peut se fonder sur son expérience pour déterminer son comportement face au viol inévitable. Ainsi, la victime, terrorisée, se soumet souvent passivement, comme un enfant, ou se dissocie psychologiquement de l'événement, comme si ce n'était pas à elle qu'il arrivait.

71. Les experts avancent que, d'après toutes les publications scientifiques qu'ils ont étudiées, la peur paralysante est le phénomène le plus fréquent. Ils ont eux-mêmes effectué des recherches aux fins de l'affaire et ont analysé tous les cas de jeunes femmes âgées de quatorze à vingt ans qui, se déclarant victimes de viol, avaient bénéficié de deux programmes de traitement destinés aux victimes de violences en Bulgarie entre 1996 et 2001. Les cas qui étaient trop différents de celui de la requérante ont été écartés. Dans vingt-quatre des vingt-cinq cas de viol retenus, les victimes ont réagi en se soumettant passivement et n'ont pas résisté violemment.

## II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

72. En vertu de l'article 151 § 1 du code pénal, une relation sexuelle avec une personne âgée de moins de quatorze ans constitue automa-

tiquement une infraction réprimée par la loi; le consentement n'est pas admis comme moyen de défense.

73. De la même manière, le consentement est sans effet lorsque la victime est âgée de plus de quatorze ans mais n'a pas « compris le sens de ce qui se passait » (article 151 § 2 du code). Cette disposition est appliquée dans les cas où la victime n'a pas saisi le sens des événements en raison d'un trouble mental (arrêt n° 568 du 18 août 1973, affaire n° 540/73, Cour suprême-I).

74. L'article 152 § 1 du code pénal définit ainsi le viol:

« une relation sexuelle avec une femme

1. incapable de se défendre, lorsqu'elle n'y a pas consenti;
2. contrainte par la force ou la menacc;
3. mise hors d'état de se défendre du fait de l'agresseur. »

75. Même si l'absence de consentement n'est expressément mentionnée qu'au premier alinéa, la Cour suprême considère qu'elle constitue un élément inhérent à l'ensemble de l'article (arrêt n° 568 précité).

76. Selon la pratique judiciaire, les trois alinéas de l'article 152 § 1 ne peuvent être appliqués qu'indépendamment l'un de l'autre, chacun d'entre eux visant une situation de fait distincte. La Cour suprême estime que les renvois généraux à deux ou à tous les alinéas sont inacceptables (voir l'arrêt n° 247 du 24 avril 1974 en l'affaire n° 201/74, Cour suprême-I, l'arrêt n° 59 du 19 mai 1992 en l'affaire n° 288/90, Cour suprême-I, et bien d'autres).

77. Par conséquent, un accusé ne peut être reconnu coupable de viol que s'il est établi qu'il a eu une relation sexuelle avec une femme dans les circonstances décrites par l'un des trois alinéas.

78. Le premier et le troisième alinéa concernent des situations de fait particulières dans lesquelles la victime était sans défense au moment du rapport sexuel. Le troisième alinéa vise les cas dans lesquels l'agresseur a mis la victime dans l'incapacité de réagir avant de la violer, alors que le premier alinéa concerne les cas dans lesquels il a profité du fait que la victime était déjà sans défense.

79. Les juridictions précisent qu'une victime est sans défense (incapable de se défendre ou mise dans l'incapacité de se défendre) seulement lorsqu'il lui est impossible de résister physiquement en raison d'une infirmité, de son âge avancé, d'une maladie (arrêt n° 484 du 29 juillet 1983 en l'affaire n° 490/83 et arrêt n° 568 précité) ou de la consommation d'alcool, de médicaments ou de drogue (arrêt n° 126 du 11 avril 1977 en l'affaire n° 69/77, Cour suprême-II).

80. Le deuxième alinéa est la disposition qui s'applique dans tous les autres cas de plainte pour viol. Ainsi, lorsqu'aucune circonstance particulière n'est invoquée, comme le fait que la victime était sans défense,

l'enquête sur une allégation de viol aura avant tout pour objet d'établir si la victime a été ou non contrainte par la force ou la menace à avoir un rapport sexuel.

81. La jurisprudence et la doctrine reconnaissent que le viol qui relève du deuxième alinéa de l'article 152 § 1 du code pénal est une infraction «en deux temps»: l'agresseur commence par recourir à la force ou aux menaces, puis pénètre la victime.

82. Les parties à l'instance ont indiqué comment elles entendent les termes «par la force et la menace» et quelle en est l'interprétation en pratique (paragraphe 113, 122 et 123 ci-dessous).

83. Selon la Cour suprême, l'absence de consentement doit être constatée lorsqu'une situation décrite par l'un des trois alinéas de l'article 152 § 1 est établie, que ce soit du fait que la victime était sans défense, ou du fait qu'une force physique ou psychologique a été employée (arrêt n° 568 précité).

84. La Cour suprême a estimé dans une affaire que la «force» non seulement s'entend comme une violence directe mais peut également consister à mettre la victime dans une situation telle qu'elle ne voit pas d'autre solution que de se soumettre contre son gré (arrêt n° 520 du 19 juillet 1973 en l'affaire n° 414/73). Dans ce cas particulier, l'agresseur, après avoir montré sa volonté de se rapprocher de la victime par son comportement pendant deux ou trois jours (en la suivant et en tentant de la tenir et de l'embrasser), est entré dans sa chambre, a verrouillé la porte et lui a demandé de se déshabiller. Elle a refusé, sur quoi il a tenté de lui écarter les jambes. Comprenant qu'il n'y avait pas d'échappatoire, la victime a ouvert la fenêtre et sauté, se blessant ainsi grièvement. L'agresseur a été déclaré coupable de tentative de viol ayant entraîné des blessures graves.

85. La doctrine ne s'est pas penchée de près sur les situations dans lesquelles la contrainte par la force ou la menace pourrait être considérée comme établie. Elle est apparemment d'avis que c'est au juge qu'il revient de se livrer à cette interprétation (Al. Stoynov, *Наказателно право, Особена част*, 1997; A. Girginov, *Наказателно право, Особена част*, 2002). Un auteur explique que le principal élément constitutif du viol est l'absence de consentement de la victime et que les trois alinéas de l'article 152 § 1 du code pénal désignent des cas différents d'absence de consentement. Il ajoute qu'au cours des derniers siècles, pour qu'il y eût viol, il fallait que la victime eût opposé une totale résistance; ce point de vue n'a plus cours. Sans citer la jurisprudence, ce même auteur considère que ce qui est exigé aujourd'hui n'est rien de plus que la résistance nécessaire à lever tout doute sur l'absence de consentement de la victime (N. Antov, *Проблеми на изнасилването*, 2003).

86. En application de l'article 152 § 1 du code pénal, le viol commis par un homme sur une femme est puni de deux à huit ans d'emprisonnement.

A l'époque des faits, l'article 157 § 1 du code prévoyait une peine de un à cinq ans d'emprisonnement dans les cas de relation sexuelle forcée avec une personne du même sexe. En 2002, la peine prévue par cette disposition a été alignée sur celle applicable aux cas de viol visés par l'article 152 § 1: elle est maintenant de deux à huit ans d'emprisonnement.

87. A l'époque pertinente, l'âge du consentement à une relation sexuelle avec une personne du même sexe était de seize ans (article 157 § 2 du code). En 2002, il a été ramené à quatorze ans.

### III. LE DROIT ET LA PRATIQUE COMPARÉS ET INTERNATIONAUX PERTINENTS

#### A. Dispositions du droit interne de certains pays européens en matière de viol

88. Dans certains systèmes juridiques européens, le viol et l'agression sexuelle sont des infractions indépendantes de l'appartenance sexuelle de la victime, alors que dans d'autres pays le viol ne peut être commis que par un homme sur la personne d'une femme.

89. Dans la plupart des Etats, l'âge du consentement à une activité sexuelle est de quatorze, quinze ou seize ans. Dans certains pays, l'âge du consentement à des actes sexuels sans pénétration et à des actes sexuels avec pénétration est différent. Les peines peuvent également varier en fonction de l'âge de la victime. Les façons d'aborder le problème sont très différentes d'un pays à l'autre.

90. Aux termes de l'article 375 §§ 1 et 2 du code pénal belge (cité par Interights), tel que modifié en 1989:

« Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit et par quelque moyen que ce soit, commis sur une personne qui n'y consent pas, constitue le crime de viol.

Il n'y a pas consentement notamment lorsque l'acte a été imposé par violence, contrainte ou ruse, ou a été rendu possible en raison d'une infirmité ou d'une déficience physique ou mentale de la victime. »

91. L'article 241 § 1 du code pénal tchèque (loi n° 140/1961, telle que modifiée) énonce:

« Une personne qui contraint une autre personne à un acte de pénétration sexuelle ou à un acte sexuel similaire par violence ou menace de violence imminente, ou en profitant du fait que cette autre personne est sans défense, est passible d'une peine d'emprisonnement de deux à huit ans. »

92. Les articles 216 § 1 et 217 du code pénal danois (cités par l'intervenant) disposent:

«Toute personne qui contraint [une autre personne à avoir] une relation sexuelle par violence ou menace de violence est coupable de viol et passible d'une peine d'emprisonnement ne pouvant excéder huit ans. Le fait de mettre une personne dans une situation telle qu'elle ne peut résister constitue un acte de violence (...)»

«Toute personne qui, par une forme de contrainte illicite (au sens de l'article 260 de la présente loi) autre que la violence ou la menace de violence parvient à avoir une relation sexuelle est passible d'une peine d'emprisonnement ne pouvant excéder quatre ans.»

93. Les articles 1 et 3 du chapitre 20 du code pénal finlandais (tel que modifié en 1998) se lisent ainsi :

«Article 1: Viol

1. Une personne qui contraint une autre personne à avoir une relation sexuelle avec elle par violence ou menace de violence sera condamnée pour viol à une peine d'emprisonnement d'un an au moins et de six ans au plus.

2. Une personne se rend également coupable de viol si elle profite de l'incapacité de l'autre personne à se défendre et a un rapport sexuel avec elle après lui avoir fait perdre connaissance ou l'avoir mise dans l'incapacité de se défendre par peur ou pour une raison semblable (...)

Article 3: Le fait de contraindre quelqu'un à avoir une relation sexuelle

1. Si le viol comporte des circonstances atténuantes en raison du faible degré de la violence ou des menaces utilisées et en raison des autres éléments constitutifs de l'infraction, l'agresseur sera condamné pour avoir contraint quelqu'un à avoir une relation sexuelle à une peine d'emprisonnement de trois ans au plus.

2. Une personne qui contraint une autre personne à avoir une relation sexuelle par une menace autre que celle décrite à l'article 1 § 1 se rend coupable d'avoir contraint quelqu'un à avoir une relation sexuelle.»

94. Aux termes des articles 222-22, 222-23 et 227-25 du code pénal français :

«Constitue une agression sexuelle toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise.»

«Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise est un viol. Le viol est puni de quinze ans de réclusion criminelle.»

«Le fait, par un majeur, d'exercer sans violence, contrainte, menace ni surprise une atteinte sexuelle sur la personne d'un mineur de quinze ans est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.»

95. On trouve, dans le *Juris-Classeur* (2002), publication qui fait autorité, les informations suivantes sur la jurisprudence française en matière de viol :

i. Les termes «violence, contrainte, menace ou surprise» ont en pratique un sens large. Il a par exemple été déclaré dans une affaire que le fait que la victime avait supplié l'agresseur d'arrêter, sans autre résistance, alors qu'elle avait avant cela accepté d'entrer dans sa voiture



et d'être embrassée, suffisait à établir qu'il y avait eu viol (Cass. crim., 10 juillet 1973, *Bull. crim.* n° 322; *Revue de science criminelle*, 1974, p. 594, observations Levasseur; mais voir, en sens contraire: Cass. crim., 11 octobre 1978, *Dalloz* 1979. IR, 120). Le refus de la victime peut être déduit des circonstances, tel un choc paralysant qui aurait empêché la victime de protester ou de s'échapper (Cass. crim., 13 mars 1984, *Bull. crim.* n° 107).

ii. Il y a « surprise » lorsque la victime ne peut consentir librement parce que, par exemple, elle est handicapée physiquement ou mentalement (Cass. crim., 8 juin 1984, *Bull. crim.* n° 226) ou se trouve dans un état psychologique particulier (dépression, nature fragile, ou simple détresse) (Cass. crim., 12 novembre 1997, *Juris-Data* n° 2000-005087; CA (cour d'appel) Paris, 30 mars 2000, *Juris-Data* n° 2000-117239), ou lorsque l'agresseur a employé la ruse pour tromper la victime sur la réalité de la situation (Cass. crim., 14 avril 1995, *Juris-Data* n° 1995-002034).

iii. Les tribunaux estiment qu'il y a toujours « surprise », et donc viol, lorsque la victime est si jeune qu'elle ne peut comprendre la notion de sexualité et la nature des actes qui lui sont imposés (Cass. crim., 11 juin 1992, *Bull. crim.* n° 228; CA Limoges, 5 avril 1995, *Juris-Data* n° 1995-042693; CA Paris, 14 novembre 2000, *Juris-Data* n° 2000-134658). Toutefois, il a été déclaré dans d'autres cas qu'en principe l'âge de la victime ne peut en tant que tel et sans autre élément établir l'existence de la « surprise » (Cass. crim., 1<sup>er</sup> mars 1995, *Bull. crim.* n° 92).

96. L'article 177 du code pénal allemand, relatif à la contrainte sexuelle et au viol, dispose en sa partie pertinente :

« 1. Quiconque contraint une autre personne

1. par la force,

2. par la menace d'un danger immédiat pour la vie ou l'intégrité physique, ou

3. en tirant profit d'une situation dans laquelle la victime est sans défense et à la merci des actes de l'agresseur

à se soumettre à des actes sexuels accomplis par l'agresseur ou par un tiers ou à accomplir de tels actes sur la personne de l'agresseur ou d'un tiers, est puni d'une peine d'emprisonnement d'un an au moins. »

97. L'article 197 § 1 du code pénal hongrois (loi n° 4 de 1978) énonce :

« Une personne qui, par la violence ou par une menace directe pour la vie ou l'intégrité physique oblige une autre personne à avoir une relation sexuelle, ou profite de l'incapacité de cette personne à se défendre ou à exprimer sa volonté d'avoir une relation sexuelle, se rend coupable d'une infraction grave punie par une peine d'emprisonnement de deux à huit ans. »

98. En Irlande, aux termes de l'article 2 § 1 de la loi pénale de 1981 sur le viol et de l'article 9 de la loi pénale de 1990 portant amendement à la loi sur le viol (cité par l'intervenant) :

« Un homme commet un viol si a) il a une relation sexuelle avec une femme qui au moment de cette relation n'y consent pas et b) il sait alors qu'elle n'y consent pas ou ne se soucie pas de savoir si elle y consent ou non. »

« En cas d'infraction consistant notamment à accomplir un acte sur une personne sans son consentement, le fait que cette personne n'oppose pas de résistance à l'acte ne vaut pas en soi consentement à celui-ci. »

99. L'article 180 § 1 du code pénal slovène se lit comme suit :

« Toute personne qui contraint une autre personne du même sexe ou du sexe opposé à se soumettre à une relation sexuelle par la force ou par la menace d'une atteinte imminente à sa vie ou à son intégrité physique est punie d'une peine de un à dix ans d'emprisonnement. »

100. Au Royaume-Uni, l'article 1 § 1 de la loi de 1976 portant amendement à la loi relative aux infractions sexuelles (cité par l'intervenant) dispose :

« [U]n homme commet un viol si a) il a une relation sexuelle illicite avec une femme qui au moment de cette relation n'y consent pas ; et b) il sait alors qu'elle n'y consent pas ou ne se soucie pas de savoir si elle y consent ou non. »

## **B. Recommandation Rec(2002)5 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur la protection des femmes contre la violence**

101. Le Comité des Ministres recommande aux Etats membres d'adopter et d'appliquer, de la façon qui correspond le mieux à la situation de chacun, une série de mesures destinées à lutter contre la violence exercée à l'égard des femmes. Le paragraphe 35 de l'annexe à la recommandation précise qu'en matière pénale les Etats membres devraient notamment :

«— incriminer tout acte de caractère sexuel commis sur une personne non consentante, même si elle ne montre pas de signes de résistance ;

(...)

— incriminer tout abus d'autorité de la part de l'auteur, et en particulier lorsqu'il s'agit d'un adulte abusant de sa position vis-à-vis d'un enfant. »

## **C. Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie**

102. Dans l'affaire Le procureur c. Anto Furundžija (n° IT-95-17/1-T, jugement du 10 décembre 1998), la chambre de première instance a formulé les observations suivantes au sujet du viol au regard du droit pénal international (il s'agissait de savoir si oui ou non une pénétration sexuelle orale forcée pouvait être qualifiée de viol en droit international) :

« La chambre de première instance prend acte de la thèse (...) qui n'est pas contestée, à savoir que le viol est un acte effectué sous la contrainte. Autrement dit, c'est un acte accompli en faisant usage de la force ou de la menace, celle-ci pouvant être explicite ou non, et qui doit donner à la victime des raisons de craindre qu'elle-même ou une tierce personne ne soit victime de violences, de mesures de coercition, ou de mise en détention ou d'une oppression psychologique (...)

(...) tous les systèmes juridiques examinés par la chambre de première instance exigent l'usage de la force, de la contrainte, de la menace ou le défaut de consentement de la victime : la force est entendue au sens large et peut consister à neutraliser la victime. »

### 103. La chambre de première instance a ainsi défini le viol :

« (...) la pénétration sexuelle (...) par l'emploi de la force, de la menace ou de la contrainte contre la victime ou une tierce personne. »

104. Dans l'affaire *Le procureur c. Kunarac, Kovač et Vuković* (n° IT-96-23, jugement du 22 février 2001), la chambre de première instance a expliqué que les termes « force », « menace » et « contrainte » figurant dans la définition du jugement *Furundžija* ne devaient pas être interprétés étroitement :

« En indiquant que l'acte de pénétration sexuelle ne constitue un viol que s'il s'accompagne de l'emploi de la force, de la menace de son emploi ou de la contrainte sur la personne de la victime ou d'un tiers, la définition *Furundžija* passe sous silence d'autres facteurs qui feraient de la pénétration sexuelle un acte non consensuel ou non voulu par la victime, ce qui (...) comme nous le verrons plus loin, est, de l'avis de la chambre de première instance, le sens précis qu'il faut donner en droit international à cet élément de la définition.

(...) les systèmes juridiques [internes] examinés ont en commun un principe fondamental, à savoir que la pénétration sexuelle constitue un viol dès lors que la victime n'est pas consentante ou ne l'a pas voulu. Certes, dans de nombreux systèmes juridiques, sont pris en compte (...) la force, la menace de son emploi ou la contrainte – mais l'ensemble des dispositions [pertinentes] donne à penser que le véritable dénominateur commun aux divers systèmes pourrait bien être un principe plus large et plus fondamental, qui consisterait à sanctionner les violations de l'*autonomie sexuelle*. »

105. L'affaire *Kunarac, Kovač et Vuković* concernait une jeune fille musulmane d'une zone occupée qui avait été emmenée par des soldats armés dans un bâtiment qui servait de quartier général. Après avoir été violée par deux soldats, elle avait été introduite dans une pièce où elle avait pris elle-même l'initiative de relations sexuelles avec l'accusé, M. Kunarac, le commandant. La chambre de première instance a relevé que les soldats avaient dit à la victime qu'elle devait satisfaire leur commandant sexuellement, faute de quoi elle risquait sa vie. La victime n'avait par conséquent « consenti librement à aucun rapport sexuel avec Kunarac [puisqu']elle était en captivité, et craignait pour sa vie ». La chambre de première instance a également rejeté le moyen de défense invoqué par Kunarac, selon lequel il ne savait pas que la victime avait

pris l'initiative de rapports sexuels avec lui parce qu'elle craignait pour sa vie. La chambre a conclu que même s'il n'avait pas entendu les menaces proférées par les autres soldats, Kunarac ne pouvait se « méprendre » sur le comportement de la victime, compte tenu de la guerre et de la situation particulièrement délicate dans laquelle se trouvaient les jeunes filles musulmanes de la région.

106. Dans ce contexte, la chambre de première instance a formulé les observations suivantes sur les éléments constitutifs du viol en droit international :

«Le principe fondamental véritablement commun [aux] systèmes juridiques [examinés] est que doivent être réprimées les violations graves de l'autonomie sexuelle. Cette dernière est violée chaque fois que la victime se voit imposer un acte auquel elle n'a pas librement consenti ou auquel elle ne participe pas volontairement.

Dans les faits, l'absence d'un véritable consentement donné librement ou d'une participation volontaire peut *se manifester* par la présence de divers facteurs, précisés dans d'autres systèmes – l'emploi de la force, la menace de son emploi ou le fait de profiter d'une personne qui n'est pas en mesure de résister. En faisant du défaut de consentement un élément constitutif du viol, et en précisant qu'il ne saurait y avoir de consentement en cas d'emploi de la force, d'inconscience, d'incapacité de résister de la victime ou de tromperie par l'auteur, certains systèmes démontrent clairement que ces facteurs excluent tout consentement véritable.

(...) il ne convient pas de donner une interprétation étroite des termes de contrainte, force ou menace d'emploi de la force (...) le terme de contrainte en particulier recouvre la plupart des comportements qui excluent le consentement (...)

A la lumière de ces considérations, la chambre de première instance conclut qu'en droit international l'élément matériel du crime de viol est constitué par (...) la pénétration sexuelle (...) dès lors que [celle-ci] a lieu sans le consentement de la victime. Le consentement à cet effet doit être donné volontairement et doit résulter de l'exercice du libre arbitre de la victime, évalué au vu des circonstances. L'élément moral est constitué par l'intention de procéder à cette pénétration sexuelle, et par le fait de savoir qu'elle se produit sans le consentement de la victime.»

107. Dans la même affaire, la chambre d'appel, dans un arrêt du 12 juin 2002, a déclaré à l'occasion d'un appel formé par les agresseurs et fondé notamment sur l'argument qu'il ne pouvait y avoir viol sans usage de la force ou menace d'y recourir et sans résistance continue et véritable de la victime :

«Lorsque les appelants croient pouvoir affirmer que seule une résistance continue permet d'indiquer au violeur que ses avances ne sont pas les bienvenues, cette affirmation est tout aussi erronée en droit qu'absurde dans les faits.

Ensuite, s'agissant du rôle de la force dans la définition du viol, la chambre d'appel observe que la chambre de première instance semble s'être écartée des définitions antérieures dégagées par la jurisprudence du Tribunal. Toutefois, en faisant du défaut de consentement la condition *sine qua non* du viol, la chambre de première instance n'a pas désavoué les définitions antérieures issues de la jurisprudence du Tribunal; elle a plutôt tenté d'expliquer le lien existant entre l'emploi de la force et le consentement.

L'emploi de la force ou la menace de son emploi constitue certes une preuve incontestable de l'absence de consentement, mais l'emploi de la force n'est pas *en soi* un élément constitutif du viol. La chambre de première instance a tenu en particulier à insister sur l'existence de «facteurs [autres que l'emploi de la force] qui feraient de la pénétration sexuelle un acte *non consensuel* ou *non voulu* par la victime». Une définition restrictive fondée sur l'emploi de la force ou sur la menace de son emploi pourrait permettre aux auteurs de viols de se soustraire à leur responsabilité pour des actes sexuels qu'ils auraient imposés à des victimes non consentantes à la faveur de circonstances coercitives, mais sans pour autant recourir à la force physique (...)

En l'espèce, les appelants ont été pour l'essentiel condamnés pour avoir violé des femmes détenues dans des locaux qui servaient de quartiers généraux militaires, des centres de détention et dans des appartements où logeaient des soldats. Les victimes étaient considérées, et c'était là la caractéristique la plus patente de leur condition, comme des proies sexuelles légitimes par les individus qui les détenaient. De manière générale, ces femmes ont été violées par plus d'un agresseur et avec une régularité quasi inimaginable (celles qui au départ ont tenté de chercher de l'aide ou de résister ont été traitées avec davantage de brutalité). Dans le contexte de ces détentions, les circonstances étaient si coercitives qu'elles excluaient toute possibilité de consentement.»

#### **D. Comité des Nations unies pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes**

108. Dans sa Recommandation générale n° 19 du 29 janvier 1992 sur la violence à l'égard des femmes, le comité a émis le vœu (au paragraphe 24) :

«a) Que les Etats parties prennent des mesures appropriées et efficaces pour éliminer toutes formes de violence fondée sur le sexe, qu'il s'agisse d'un acte public ou d'un acte privé;

b) Que les Etats parties veillent à ce que les lois contre (...) les mauvais traitements (...), le viol, les sévices sexuels et autres formes de violence fondée sur le sexe assurent à toutes les femmes une protection suffisante, respectent leur intégrité et leur dignité. (...).»

### **EN DROIT**

#### **I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DES ARTICLES 3, 8 ET 13 DE LA CONVENTION**

109. La requérante se plaint du fait que le droit et la pratique bulgares n'assurent pas une protection effective contre le viol et les violences sexuelles puisque seuls les cas dans lesquels la victime a fermement résisté donnent lieu à des poursuites. Elle soutient en outre que les autorités n'ont pas mené d'enquête effective sur les événements survenus le 31 juillet et le 1<sup>er</sup> août 1995. Selon elle, ces déficiences constituent une violation de l'obligation positive incombant à l'Etat de protéger l'intégrité physique et la vie privée de l'individu et de prévoir des recours effectifs à cet égard.

## 110. Aux termes des dispositions pertinentes de la Convention :

### Article 3

«Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.»

### Article 8 § 1

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

### Article 13

«Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la (...) Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles.»

## A. Thèses défendues devant la Cour

### 1. La requérante

111. La requérante estime que dans le droit et la pratique internes applicables en cas de viol, l'existence ou l'absence de consentement à un rapport sexuel devrait se déterminer sur la base de tous les facteurs pertinents. Pour elle, un cadre et une pratique juridiques qui exigent la preuve d'une résistance physique de la part de la victime sont inadaptés car ils ont pour résultat que certains cas de viol ne sont pas sanctionnés.

112. L'intéressée se fonde sur le rapport d'expertise qu'elle a produit (dans lequel les auteurs soulignent que la majorité des enfants ou autres jeunes victimes de viols ont des réactions passives dues à la panique : voir les paragraphes 69 à 71 ci-dessus) ainsi que sur l'évolution, en droit international et dans différents ordres juridiques internes, des éléments constitutifs du crime de viol.

113. La requérante présente ensuite son analyse du droit et de la pratique bulgares en matière de viol et de violences sexuelles. Voici son argumentation :

i. Selon la pratique des autorités d'enquête et de poursuite en Bulgarie, une action pour viol ne peut être déclenchée que s'il est démontré qu'il y a eu d'une part emploi de la force physique et d'autre part résistance physique de la victime. À défaut, on conclut que le rapport sexuel était consenti.

ii. Il n'est pas possible de citer des affaires qui viendraient corroborer directement cette affirmation puisque les décisions des enquêteurs et des procureurs ne sont pas publiques ; elles ne figurent que dans le dossier de ces affaires et aucun système d'indexage, de publication ou d'analyse n'existe qui pourrait servir de base à une étude. De plus, la pratique

incriminée ne se fonde pas sur des instructions écrites mais sur la tradition et la culture des institutions concernées.

iii. En raison de la politique actuelle du parquet, qui n'engage de poursuites que s'il est démontré que la force physique a été employée et que la victime a résisté, les juridictions ne se sont pas penchées directement sur la question.

iv. Quoi qu'il en soit, l'examen des arrêts publiés de la Cour suprême et de la Cour suprême de cassation (les jugements des juridictions de rang inférieur ne sont pas publiés) fournit indirectement des éléments sur le type de cas dont les autorités de poursuite sont susceptibles de saisir la justice. La requérante a passé en revue tous les arrêts publiés concernant des affaires de viol et produit des copies de vingt et un d'entre eux que son avocat estimait pertinents.

v. La plupart des arrêts publiés concernent des cas de viol perpétré moyennant un recours notable à la force physique et/ou aux menaces. Les actes de violence suivants se rencontrent fréquemment dans ces affaires : l'agresseur traîne la victime d'un véhicule à un logement où il l'enferme ; il déchire ses vêtements et la bat ; il la frappe à la tête et lui donne des coups de pied ; il l'étouffe ; il provoque une commotion cérébrale et lui casse le nez ; ou encore les coups provoquent une forte hémorragie. Dans plusieurs cas, la victime a été menacée de violences ou d'autres conséquences. Dans trois cas, la victime s'est suicidée ou a tenté de le faire.

vi. Ces recherches n'ont mis en évidence que deux cas où les circonstances aient été davantage prises en compte. Dans l'un d'entre eux, un enseignant, après avoir tenté de séduire son élève, l'avait obligée pendant un certain temps à avoir des relations sexuelles répétées avec lui en la menaçant de conséquences à l'école et d'actes de violence. La Cour suprême a reconnu qu'il y avait eu des actes réitérés de viol commis sous la menace et que la victime s'était progressivement retrouvée dans un état de dépendance psychologique. Dans l'autre cas, une jeune fille âgée de quatorze ans souffrant d'épilepsie et retardée mentale avait été violée par une connaissance de la famille. Les juridictions ont observé que la victime avait opposé une faible résistance (en tentant de se relever après avoir été poussée à terre par son agresseur) mais ont conclu que ce « niveau de résistance », compte tenu de l'âge et de l'état de santé de la jeune fille, « suffisait à démontrer qu'elle ne voulait pas avoir de relation sexuelle ».

114. La requérante a déposé la copie d'une lettre rédigée par un psychologue bulgare qui travaille avec des victimes de violences sexuelles. D'après l'expérience de cette personne, les autorités n'engagent de poursuites que lorsque la victime ne connaît pas l'agresseur, qu'il y a des blessures graves ou que des témoins existent. La requérante estime que cela confirme ce qu'elle avance, à savoir que le plus souvent en pratique les autorités tendent à conclure que la victime a consenti lorsqu'il n'est pas suffisamment démontré qu'elle a résisté physiquement.

115. L'intéressée soutient par ailleurs qu'en fixant à quatorze ans l'âge du consentement à des relations sexuelles, tout en limitant les poursuites pour viol aux affaires dans lesquelles la victime a violemment résisté, les autorités ne protègent pas suffisamment les enfants contre ce crime.

116. Elle affirme que, dans son cas, les procureurs ont accordé une trop grande importance à l'absence de violence physique et n'ont pas tenu compte du fait qu'à l'âge de quatorze ans elle n'avait jamais pris d'elle-même des décisions importantes, en particulier dans l'urgence. Ils n'auraient pas considéré le peu de probabilités qu'une jeune fille de quatorze ans qui n'avait jamais eu de relations sexuelles eût consenti à en avoir avec deux hommes successivement.

117. En outre, l'enquête n'aurait été ni rigoureuse ni complète. Le déroulement précis de la nuit en question pour les trois hommes et M.C., pourtant déterminant, n'aurait jamais été minuté ; d'après la requérante, cette vérification aurait permis de constater que le groupe ne s'était pas rendu au restaurant après le viol au réservoir. Les contradictions entre les témoignages n'auraient pas retenu l'attention. La patrouille de police qui avait arrêté le groupe alors qu'il se rendait au réservoir n'aurait pas été identifiée. Le magistrat instructeur aurait ajouté foi au témoignage des agresseurs présumés et des témoins cités par eux, et aurait dans le même temps rejeté ou ignoré d'autres témoignages ainsi que la version des événements que la requérante avait fournie.

118. Pour l'intéressée, si on les replace dans le contexte de tous les faits pertinents, sa déposition claire et cohérente selon laquelle elle avait supplié P. d'arrêter et l'avait repoussé jusqu'à ce qu'il lui tordît les bras, ainsi que la description qu'elle a donnée de sa détresse et de sa résistance – raisonnable dans les circonstances –, auraient dû entraîner la condamnation des agresseurs si une interprétation correcte du « viol », qui soit conforme aux obligations positives incombant à l'Etat en vertu des articles 3, 8 et 13 de la Convention, avait été appliquée.

## 2. *Le Gouvernement*

119. Le Gouvernement soutient que l'enquête a été rigoureuse et effective. Toutes les mesures possibles ont selon lui été prises : dix-sept personnes interrogées, certaines plusieurs fois, des experts en psychiatrie et en psychologie désignés ; tous les aspects de l'affaire ont été analysés. Le Gouvernement estime donc que la conclusion des autorités nationales – à savoir que P. et A. avaient certainement agi en présumant que la requérante était consentante – était fondée. En particulier, les autorités se seraient appuyées sur tous les éléments de preuve disponibles au sujet des faits survenus le 31 juillet et le 1<sup>er</sup> août 1995, y compris les informations concernant le comportement de la requérante. En outre, celle-ci



serait sortie avec P. après les événements et des témoins ont allégué que sa mère avait tenté d'extorquer de l'argent à P. et A. en proposant en échange de ne pas porter plainte pour viol.

120. Pour le Gouvernement, les faits de l'espèce ne relèvent donc ni de la protection de l'intégrité d'une personne ni de la protection contre des mauvais traitements. Ainsi, aucune obligation positive découlant des articles 3 et 8 de la Convention ne serait en jeu.

121. Le Gouvernement arguë qu'en tout état de cause le droit et la pratique bulgares en matière de viol et la manière dont ils ont été appliqués en l'espèce ne sont contraires à aucune obligation positive qui pourrait naître de la Convention.

122. Dans l'argumentation qu'il a présentée au stade de la recevabilité, le Gouvernement a déclaré, au sujet du droit et de la pratique internes, que la preuve d'une résistance physique était requise dans les cas de viol et que, de plus, d'après la pratique internationale, y compris française, le viol n'était possible qu'entre personnes ne se connaissant pas ; or la requérante connaissait les agresseurs présumés.

123. Dans l'argumentation qu'il a présentée au fond, le Gouvernement a corrigé ses précédentes déclarations pour affirmer que l'absence de consentement constituait un élément essentiel du viol en droit bulgare. L'absence de consentement serait démontrée lorsque des preuves attestent que la victime était sans défense ou que l'agresseur l'a mise dans l'incapacité de se défendre étant donné qu'il a exercé sur elle une violence physique ou psychologique. Le Gouvernement a déposé des copies de plusieurs arrêts pertinents de la Cour suprême. Il ne conteste pas la fiabilité de l'analyse de la jurisprudence bulgare présentée par la requérante.

124. Le Gouvernement avance que, dans le cas de la requérante, à l'issue d'une enquête minutieuse et impartiale, les autorités n'ont pas jugé établi à un degré suffisant pour aboutir à une condamnation pénale qu'il y avait eu viol. En revanche, il est loisible à la requérante d'engager au civil une action en réparation contre les agresseurs présumés. Il lui faudrait alors démontrer le caractère illicite des actes commis par eux mais la preuve d'une intention criminelle ne serait pas nécessaire.

125. Enfin, le Gouvernement soutient que la requérante disposait de recours effectifs en matière pénale comme civile, ainsi que l'exige l'article 13 de la Convention.

### 3. *Arguments présentés par Interights*

#### a) **Observations générales**

126. Le tiers intervenant explique que, depuis plus de vingt ans, la définition traditionnelle du viol évolue, tant dans les systèmes de droit romain et de *common law* qu'en droit international. Cette évolution tient à

une meilleure compréhension de la nature de l'infraction et de la manière dont la victime la vit. Des recherches démontrent qu'il arrive souvent que les femmes, en particulier les mineures, n'opposent pas de résistance physique au viol, soit parce que, en proie à une peur paralysante, elles sont incapables de le faire, soit parce qu'elles tentent de se protéger de la force grandissante exercée contre elles.

127. Interights estime que la réforme du droit en matière de viol traduit le passage d'une «analyse historique» à une «analyse égalitaire» de la notion de consentement. Le viol constitue une atteinte à l'autonomie de la femme; son élément constitutif essentiel est l'absence de consentement. Les réformes du droit relatif au viol ont d'abord pour objet de préciser qu'il n'est pas nécessaire d'établir que l'accusé est venu à bout de la résistance physique de la victime pour prouver l'absence de consentement.

128. L'évolution du droit pénal international confirme cette tendance. Les Tribunaux pénaux internationaux pour le Rwanda et l'ex-Yougoslavie, notamment, qualifient le viol de pénétration sexuelle dans des circonstances coercitives ou de pénétration sexuelle commise par la contrainte, par l'emploi de la force, ou la menace de son emploi. C'est également l'analyse qui a été retenue dans le Statut et le projet de règlement de la Cour pénale internationale.

#### **b) Observations présentées concernant différents systèmes juridiques**

129. Interights a produit des copies de rapports sur le droit pertinent de différents pays d'Europe et d'ailleurs, établis par des universitaires, des praticiens du droit ou des assistants de recherche. On peut résumer comme suit les informations et analyses qui s'y trouvent.

##### *i. Belgique*

130. La liste dressée à l'article 375 du code pénal belge, tel que modifié en 1989, des situations dans lesquelles il n'y a pas consentement avait pour objet de codifier la jurisprudence antérieure. Cette liste n'est pas considérée comme exhaustive, même s'il est un auteur pour estimer le contraire.

131. Traditionnellement, la preuve d'actes suffisamment graves et physiquement violents pour briser ou paralyser la résistance de la victime ou en triompher était exigée. Les amendements de 1989 ont remplacé la notion de «menaces graves» qui figurait au code pénal depuis 1867 par la notion plus large de «contrainte», qui comprend non seulement la peur que l'on peut avoir pour son intégrité physique mais également toute autre forme de peur.

132. Aujourd'hui, l'accusation doit prouver la pénétration sexuelle et l'absence de consentement. Chacun des éléments susceptibles de démon-

trer l'absence de consentement est pris en compte, mais l'accusation s'attachera avant tout à établir l'existence d'au moins un des facteurs qui annulent le consentement, énoncés au second paragraphe de l'article 375 – à savoir la violence, la contrainte, la ruse, ou une infirmité de la victime.

133. L'absence de consentement est établie lorsqu'il y a preuve d'une résistance physique. Toutefois, même si la résistance ou la violence physiques ne sont pas démontrées, la preuve de la contrainte suffit. La question de savoir s'il y a eu ou non contrainte doit être examinée au regard de la condition de la victime (âge, état réel au moment des faits).

134. L'âge du consentement est différent pour les actes sexuels de toute nature (attentat à la pudeur) et pour les actes comprenant une pénétration sexuelle (viol). L'âge du consentement à la pénétration sexuelle est de quatorze ans et celui du consentement aux actes sexuels de toute nature est de seize ans. Par conséquent, un rapport sexuel avec une personne ayant entre quatorze et seize ans sera puni de par la loi comme attentat à la pudeur si le défaut de consentement n'est pas prouvé. En pratique, lorsque la victime a entre quatorze et seize ans, les inculpations pour attentat à la pudeur sont plus fréquentes que les inculpations pour viol.

*ii. Danemark*

135. La contrainte est aujourd'hui interprétée largement ; elle n'est pas limitée aux menaces de violence grave.

136. La preuve de l'absence de consentement revêt une importance particulière dans les cas où l'accusé et la victime se connaissaient. Si le fait de dire « non » peut suffire à exprimer l'absence de consentement, il peut se révéler difficile de démontrer que ce mot a été prononcé, et compris comme étant dit sérieusement.

137. Dans une affaire remontant à 1982, un homme accusé d'avoir violé une jeune fille de seize ans avait été acquitté au motif qu'il n'avait pas compris que celle-ci ne s'était pas donnée à lui de son plein gré. L'accusé avait fait monter la jeune fille dans sa camionnette. Selon lui, la victime avait dit vouloir rentrer chez elle. Selon elle, elle s'était sentie obligée d'accepter l'offre d'être accompagnée en raison des circonstances, notamment une fois que l'accusé eut mis sa bicyclette dans le véhicule. En chemin, l'accusé avait parlé de ses problèmes et besoins sexuels. Il avait pensé que, le laissant parler de ces sujets, la jeune fille acceptait que la situation évoluât vers des rapports intimes. La victime, elle, avait eu peur que l'accusé ne devînt violent si elle ne le laissait pas parler. L'accusé avait alors arrêté le véhicule et demandé à la victime d'aller dans le compartiment à bagages, où ils eurent un rapport sexuel. L'accusé avait demandé plusieurs fois à la jeune fille si elle était d'accord ou non. La victime déclara avoir eu peur et éprouvé un blocage mental. Le tribunal condamna l'accusé, constatant que la jeune fille n'avait pas consenti et que l'accusé

avait agi intentionnellement car s'il avait posé des questions à la victime c'est qu'il doutait de son acceptation. La cour d'appel, par contre, conclut qu'il était impossible de faire abstraction des dires de l'accusé, qui affirmait avoir perçu la passivité de la victime comme une acceptation, et prononça l'acquittement.

*iii. Irlande*

138. Le principe selon lequel l'accusation doit prouver l'absence de consentement, et non pas l'emploi de la force, est bien établi. L'absence de consentement est une question de fait ; il revient au jury de la trancher au vu de toutes les circonstances pertinentes et en tenant compte des instructions du juge. En ce qui concerne l'élément moral du viol, l'accusé peut exciper de la « croyance sincère », de sorte qu'il peut être acquitté s'il n'a sincèrement pas pensé que la victime pouvait ne pas être consentante.

*iv. Royaume-Uni*

139. Avant 1976, le viol se définissait en *common law* comme un rapport sexuel illicite avec une femme sans son consentement et obtenu par la force, la ruse ou grâce à la peur provoquée chez la victime. Des lésions corporelles étaient traditionnellement exigées comme preuve de l'emploi de la force et d'une résistance de la victime.

140. Depuis 1976, la loi prévoit que l'accusation doit démontrer que la victime n'a pas consenti. L'absence de consentement est l'élément matériel essentiel de l'infraction. La charge de la preuve pèse sur l'accusation. Il n'existe pas de définition légale du consentement ou de l'absence de consentement. L'existence ou l'absence d'un consentement est une question de fait qu'il appartient au jury de trancher, après avoir entendu les instructions du juge. L'arrêt de principe *Olugboja (Queen's Bench, 1982, p. 320, All England Law Reports, 1981, vol. 3, p. 443)* se rapportait aux faits suivants : l'accusé et son ami avaient proposé à deux adolescentes de les raccompagner chez elles en voiture. Au lieu de les déposer à leur domicile, les deux hommes les avaient emmenées dans une autre maison où l'ami de l'accusé avait violé l'une d'elles, qui avait seize ans. L'accusé avait ensuite eu lui aussi un rapport avec elle. Il lui avait demandé d'enlever son pantalon, ce qu'elle avait fait parce qu'elle avait peur et que la pièce était plongée dans l'obscurité. Elle lui avait dit « laissez-moi tranquille » ; il l'avait poussée sur un canapé et avait eu une relation sexuelle avec elle. Elle n'avait pas crié ni ne s'était débattue. Il fut reconnu coupable de viol. Le *Lord Justice Dunn* déclara :

« Il faut expliquer [au jury] que le consentement, ou l'absence de consentement, doit être entendu au sens ordinaire et, si besoin est, lui montrer par des exemples qu'il existe une différence entre le consentement et la soumission. Tout consentement implique une soumission, mais il ne s'ensuit nullement qu'une simple soumission implique un consentement (...) Il faut demander [au jury] de se concentrer sur l'état d'esprit de la

victime immédiatement avant l'acte sexuel – eu égard à toutes les circonstances pertinentes, en particulier aux faits qui ont mené à l'acte – et sur la réaction de la victime face à ces circonstances.»

141. Pour une partie de la doctrine, en dépit de l'arrêt *Olugboja*, il y a en réalité peu de chances que des poursuites débouchent sur une condamnation lorsque, comme dans cette affaire-là, la femme s'est soumise sous l'effet d'une contrainte psychologique, comme si elle était prise au piège, mais sans avoir fait l'objet d'aucune menace.

142. L'accusation doit également établir l'élément moral du viol, qui consiste soit à comprendre que la victime ne consent pas soit à ne pas se préoccuper de savoir si elle consent ou non. L'agresseur ne se soucie pas du consentement lorsqu'il « n'y pense pas du tout » ou lorsqu'il sait que l'autre personne « ne consent peut-être pas et qu'il persévère tout de même » (*R. v. Gardiner, Criminal Law Reports*, 1994, p. 455).

*v. Les Etats-Unis d'Amérique*

143. Les cinquante Etats donnent des définitions différentes de ce que l'on désigne généralement sous le nom de « viol », mais malgré de sensibles différences dans les termes employés, ils s'accordent sur la question de l'absence de consentement. En particulier, il est bien établi que la victime n'est pas tenue de résister physiquement à son agresseur pour prouver qu'elle ne consent pas à l'acte. Une expression verbale de protestation suffit. Dans l'affaire *Commonwealth v. Berkowitz*, 641 A.2d 1161 (Pennsylvanie, 1994), l'accusé avait eu une relation sexuelle avec une connaissance dans une résidence universitaire alors que la victime n'avait cessé de dire « non » tout au long des faits. Les tribunaux de Pennsylvanie estimèrent que les « non » répétés de la victime suffisaient à démontrer qu'elle ne consentait pas à l'acte.

144. Dans trente-sept Etats, un rapport sexuel non consensuel sans force extrinsèque (c'est-à-dire une force autre que celle requise pour effectuer la pénétration) est expressément qualifié par la loi de crime (*felony*), d'infraction sexuelle de la catégorie la plus grave, ou de délit. Bien qu'il semble ressortir de la formulation des codes des treize autres Etats que la force extrinsèque peut être exigée, les tribunaux de douze de ces Etats admettent par exemple que l'exigence de la force posée par la loi se trouve remplie dès lors que l'accusé a poussé sa victime ou l'a immobilisée, ou l'a manipulée physiquement de toute autre façon. Le critère de la « force » consiste à « déterminer si l'acte a été accompli contre le gré » de la victime (*Freeman v. State*, 959 S.W.2d 401 (Arkansas, 1998)). Ainsi, la « force » est établie lorsque l'agresseur a « appliqué le poids de son corps » contre la victime ou est « grand » ou « costaud » alors que la victime est « menue » ou « petite » (*State v. Coleman*, 727 A.2d 246 (Connecticut, 1999),

et *State v. Plunkett*, 934 P.2d 113 (Kansas, 1997)). La Cour suprême du New Jersey dit ceci :

« [T]out acte de pénétration sexuelle (...) sans la permission expresse et librement consentie de la victime (...) constitue une agression sexuelle. Par conséquent, il n'est pas nécessaire, pour que la pénétration soit illicite, qu'une force physique supérieure à celle qui est inhérente à l'acte de pénétration sexuelle ait été employée (*In the Interest of M.T.S.*, 609 A.2d 1266, 1277 (N.J. 1992)). »

145. Auparavant, un certain nombre d'Etats exigeaient que la victime d'un viol manifestât la « résistance la plus totale ». Cette exigence n'a plus cours aujourd'hui. Seuls deux Etats (l'Alabama et la Virginie-Occidentale) fixent encore comme condition que la victime d'une agression sexuelle ait opposé une résistance « acharnée » ; toutefois, la victime n'est pas tenue de résister lorsqu'elle a des raisons de penser que la résistance serait vaine ou entraînerait des blessures graves (*Richards v. State*, 457 So.2d 893 (Alabama, 1985) : la résistance acharnée est établie lorsque la victime a supplié son agresseur de la laisser et d'arrêter).

146. Les juridictions américaines tiennent de plus en plus compte des données sociologiques qui indiquent que les victimes d'agressions sexuelles réagissent de façon imprévisible face à la violence psychologique ou physique. En 1992, par exemple, lorsqu'elle a rejeté l'exigence de la résistance comme condition d'une condamnation pour agression sexuelle, la Cour suprême du New Jersey a parlé de « recherches empiriques » pour discréditer l'idée selon laquelle « une résistance totale ou la résistance la plus forte dont la femme est capable constitue la réaction la plus raisonnable et la plus rationnelle au viol ». En effet, les agresseurs se contentent souvent d'employer une forme de contrainte subtile ou de brusquer la victime lorsque cela est suffisant. Dans la plupart des cas de viol d'enfants, la violence n'est pas nécessaire pour obtenir la soumission. Les tribunaux reconnaissent également de plus en plus que certaines femmes sont en proie à une peur paralysante dès le début de l'agression et ne sont donc pas en mesure de résister (*People v. Iniguez*, 872 P.2d 1183, 1189 (Californie, 1994)).

#### vi. Autres systèmes juridiques

147. Interights a également déposé des analyses du droit pertinent de l'Australie, du Canada et de l'Afrique du Sud, pour constater que l'absence de consentement est l'élément constitutif du viol et des violences sexuelles dans ces pays et que la preuve de l'emploi de la force physique par l'agresseur ou de la résistance physique de la victime n'y est pas exigée.

## B. Appréciation de la Cour

### 1. Analyse générale

#### a) Existence d'une obligation positive de punir le viol et d'enquêter sur les cas de viol

148. Compte tenu de la nature et de la substance des plaintes exprimées par la requérante en l'espèce, la Cour estime qu'il convient de les examiner avant tout sous l'angle des articles 3 et 8 de la Convention.

149. La Cour rappelle que, combinée avec l'article 3, l'obligation que l'article 1 de la Convention impose aux Hautes Parties contractantes de garantir à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés consacrés par la Convention leur commande de prendre des mesures propres à empêcher que lesdites personnes ne soient soumises à des mauvais traitements, même administrés par des particuliers (arrêts *A. c. Royaume-Uni*, 23 septembre 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VI, p. 2699, § 22; *Z et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 29392/95, §§ 73-75, CEDH 2001-V; et *E. et autres c. Royaume-Uni*, n° 33218/96, 26 novembre 2002).

150. Les obligations positives de l'Etat sont inhérentes au droit au respect effectif de la vie privée au sens de l'article 8; ces obligations peuvent impliquer l'adoption de mesures même dans la sphère des relations des individus entre eux. Si le choix des moyens d'assurer le respect de l'article 8 dans le domaine de la protection contre les actes d'individus relève en principe de la marge d'appréciation de l'Etat, une dissuasion effective contre un acte aussi grave que le viol, qui met en jeu des valeurs fondamentales et des aspects essentiels de la vie privée, appelle des dispositions pénales efficaces. Les enfants et autres personnes vulnérables, en particulier, doivent bénéficier d'une protection effective (*X et Y c. Pays-Bas*, arrêt du 26 mars 1985, série A n° 91, pp. 11-13, §§ 23, 24 et 27; et *August c. Royaume-Uni* (déc.), n° 36505/02, 21 janvier 2003).

151. Dans un certain nombre de cas, l'article 3 de la Convention entraîne l'obligation positive de mener une enquête officielle (*Assenov et autres c. Bulgarie*, arrêt du 28 octobre 1998, *Recueil* 1998-VIII, p. 3290, § 102). Une telle obligation positive ne saurait en principe être limitée aux seuls cas de mauvais traitements infligés par des agents de l'Etat (voir, *mutatis mutandis*, *Calvelli et Ciglio c. Italie* [GC], n° 32967/96, CEDH 2002-I).

152. En outre, la Cour n'exclut pas que l'obligation positive qui incombe à l'Etat en vertu de l'article 8 de protéger l'intégrité physique de l'individu puisse s'étendre aux questions concernant l'effectivité d'une enquête pénale (*Osman c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 octobre 1998, *Recueil* 1998-VIII, p. 3164, § 128).

153. Eu égard à ce qui précède, la Cour estime que les Etats ont l'obligation positive, inhérente aux articles 3 et 8 de la Convention,

d'adopter des dispositions en matière pénale qui sanctionnent effectivement le viol et de les appliquer en pratique au travers d'une enquête et de poursuites effectives.

**b) Conception moderne des éléments constitutifs du viol et son incidence sur la substance de l'obligation positive pour les Etats membres de garantir une protection adéquate**

154. En ce qui concerne les moyens de garantir une protection adéquate contre le viol, les Etats jouissent incontestablement d'une large marge d'appréciation. Ils doivent notamment prendre en considération les sensibilités d'ordre culturel, les particularités locales et les habitudes liées à la tradition.

155. Les dispositions de la Convention définissent toutefois les limites de la marge d'appréciation des autorités nationales. La Convention étant avant tout un mécanisme de protection des droits de l'homme, la Cour, lorsqu'elle l'interprète, doit tenir compte de l'évolution de la situation dans les Etats contractants et réagir, par exemple, au consensus susceptible de se faire jour quant aux normes à atteindre (*Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, § 74, CEDH 2002-VI).

156. La Cour relève que, traditionnellement, le droit et la pratique internes d'un certain nombre de pays exigeaient la preuve de l'emploi de la force physique et celle de la résistance physique dans les cas de viol. Depuis quelques décennies, on observe cependant en Europe et dans d'autres parties du monde une tendance nette et constante à l'abandon des définitions formalistes et des interprétations étroites de la loi en la matière (paragraphe 88-108 et 126-147 ci-dessus).

157. On constate tout d'abord que l'exigence selon laquelle la victime doit résister physiquement n'a plus cours dans la législation des pays européens.

158. Dans les juridictions de *common law*, en Europe et ailleurs, la notion de force physique a disparu des textes de loi et/ou de la jurisprudence (voir les paragraphes 98, 100 et 138-147 ci-dessus au sujet des systèmes juridiques de l'Irlande, du Royaume-Uni, des Etats-Unis d'Amérique et d'autres pays). Le droit irlandais déclare expressément que le consentement ne peut être déduit de l'absence de résistance (paragraphe 98 ci-dessus).

159. Dans la plupart des pays européens influencés par la tradition juridique continentale, la définition du viol mentionne l'emploi de la violence ou de menaces de violence par l'agresseur. A noter toutefois que, dans la jurisprudence et la doctrine, c'est l'absence de consentement, et non pas l'usage de la force, qui est considérée comme l'élément constitutif de l'infraction de viol (paragraphe 90-97, 99 et 130-137 ci-dessus).

160. En 1989, la loi belge a été modifiée de sorte que tout acte de pénétration sexuelle constitue un viol dès lors qu'il est commis sur une



personne qui n'y consent pas. Si les termes de « violence, contrainte ou ruse » sont toujours cités par la loi comme des moyens répréhensibles d'imposer un acte non consensuel, la violence et/ou la résistance physique ne sont donc pas en droit belge des éléments constitutifs du viol (paragraphes 90 et 130-134 ci-dessus).

161. Indépendamment de la formulation spécifique retenue par le législateur, dans un certain nombre de pays la répression des actes sexuels non consensuels, quelles qu'en soient les circonstances, est rendue possible en pratique par l'interprétation des termes pertinents de la loi (« contrainte », « violence », « coercition », « menace », « ruse », « surprise », entre autres) et par une appréciation des éléments de preuve dans leur contexte (paragraphes 95 et 130-147 ci-dessus).

162. La Cour relève également que les États membres du Conseil de l'Europe ont reconnu, par l'intermédiaire du Comité des Ministres, la nécessité de sanctionner les actes sexuels non consensuels, y compris « les cas dans lesquels la victime ne montre pas de signes de résistance », afin que les femmes soient effectivement protégées de la violence (paragraphe 101 ci-dessus), et ont insisté sur la mise en œuvre d'autres réformes dans ce domaine.

163. En droit pénal international, il a été admis récemment que la force n'est pas un élément constitutif du viol et que le fait de profiter de circonstances coercitives pour accomplir des actes sexuels est également punissable. Le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie a déclaré qu'en droit pénal international toute pénétration sexuelle sans le consentement de la victime constitue un viol et que le consentement doit être donné volontairement, dans l'exercice du libre arbitre de la personne, apprécié au vu des circonstances (paragraphes 102-107 ci-dessus). Si cette définition vise le contexte particulier des viols commis sur une population dans le cadre d'un conflit armé, elle n'en reflète pas moins une tendance universelle à considérer l'absence de consentement comme l'élément constitutif essentiel du viol et des violences sexuelles.

164. Ainsi que l'explique le tiers intervenant, la manière dont le viol est vécu par la victime est mieux comprise aujourd'hui et on s'aperçoit que souvent les victimes de violences sexuelles, en particulier les jeunes filles mineures, n'opposent pas de résistance physique à leur agresseur pour un certain nombre de raisons d'ordre psychologique ou par peur de la violence de l'auteur de l'acte.

165. En outre, l'évolution du droit et de la pratique dans ce domaine traduit l'avancée des sociétés vers une égalité effective et le respect de l'autonomie sexuelle de tout individu.

166. La Cour est dès lors convaincue que toute approche rigide de la répression des infractions à caractère sexuel, qui consisterait par exemple à exiger dans tous les cas la preuve qu'il y a eu résistance physique, risque d'aboutir à l'impunité des auteurs de certains types de viol et par consé-

quent de compromettre la protection effective de l'autonomie sexuelle de l'individu. Conformément aux normes et aux tendances contemporaines en la matière, il y a lieu de considérer que les obligations positives qui pèsent sur les Etats membres en vertu des articles 3 et 8 de la Convention commandent la criminalisation et la répression effective de tout acte sexuel non consensuel, y compris lorsque la victime n'a pas opposé de résistance physique.

### c) Tâche de la Cour en l'espèce

167. Compte tenu de ce qui précède, la Cour doit rechercher si oui ou non la législation et la pratique incriminées, ainsi que leur application en l'espèce, associées aux insuffisances alléguées de l'enquête, ont été défailtantes au point d'emporter violation des obligations positives qui incombent à l'Etat défendeur en vertu des articles 3 et 8 de la Convention.

168. La Cour n'a pas à aller au-delà. Elle n'est pas appelée à se prononcer sur les allégations d'erreurs ou d'omissions particulières de l'enquête; elle ne saurait se substituer aux autorités internes dans l'appréciation des faits de la cause; elle ne saurait pas non plus statuer sur la responsabilité pénale des agresseurs présumés.

### 2. Application de l'analyse retenue par la Cour

169. Selon la requérante, l'attitude des autorités dans la présente affaire provient d'une législation insatisfaisante et reflète la pratique courante consistant à ne poursuivre les auteurs de viol que lorsqu'il existe des preuves d'une résistance physique notable.

170. La Cour observe que l'article 152 § 1 du code pénal bulgare ne pose nullement l'exigence d'une résistance physique de la part de la victime et donne du viol une définition qui ne s'écarte pas sensiblement des formulations figurant dans la législation des autres Etats membres. Encore une fois, de nombreux systèmes juridiques définissent toujours le viol à partir des moyens que l'agresseur utilise pour obtenir la soumission de la victime (paragraphe 74 et 88-100 ci-dessus).

171. Ce qui est déterminant, cependant, c'est le sens attribué à des termes comme «force» ou «menaces» ou d'autres figurant dans les définitions légales. Par exemple, dans certains ordres juridiques, la «force» est considérée comme étant établie dans les cas de viol du fait même que l'agresseur ait accompli un acte sexuel sans le consentement de la victime ou parce qu'il s'est emparé du corps de celle-ci et l'a manipulé de manière à accomplir un tel acte sans le consentement de l'intéressée. Comme il est indiqué plus haut, malgré les différences entre les définitions légales, les juridictions d'un certain nombre de pays interprètent aujourd'hui la loi de manière à englober tout acte sexuel non consensuel (paragraphe 95 et 130-147).

172. En l'espèce, faute d'une jurisprudence répondant expressément à la question de savoir si tout acte sexuel accompli sans le consentement de la victime tombe sous le coup du droit bulgare, il est difficile de parvenir à des conclusions générales solides sur ce sujet à partir des arrêts de la Cour suprême et des publications juridiques (paragraphe 75-85 ci-dessus). C'est toujours l'appréciation des faits à laquelle se livrent les tribunaux qui, dans une affaire donnée, permet de savoir si un acte sexuel a été accompli sous la contrainte. Une autre difficulté tient à l'absence d'une étude fiable de la pratique des autorités de poursuite dans des affaires qui n'ont jamais été examinées par la justice.

173. Il y a toutefois lieu de relever que le Gouvernement n'a pas été en mesure de fournir des copies d'arrêts ou d'articles de doctrine réfutant nettement la thèse selon laquelle en Bulgarie les poursuites pour viol sont déclenchées d'une manière restrictive. Les propres arguments du Gouvernement sur les éléments constitutifs du viol en droit bulgare sont incohérents et peu clairs (paragraphe 122 et 123 ci-dessus). Enfin, le fait que la grande majorité des arrêts publiés de la Cour suprême concernent des viols commis avec une violence considérable (sauf dans les cas où la victime était handicapée physiquement ou mentalement), s'il n'est pas déterminant, semble tout de même indiquer que la plupart des affaires dans lesquelles l'absence totale ou quasi-totale de force physique et de résistance était établie n'ont pas débouché sur des poursuites (paragraphe 74-85, 113, 122 et 123 ci-dessus).

174. La Cour n'a pas à se prononcer sur la pratique des autorités bulgares dans les affaires de viol de manière générale. Aux fins de l'espèce, il suffit de constater que l'allégation par la requérante d'une pratique restrictive est fondée sur des arguments raisonnables et n'a pas été réfutée par le Gouvernement.

175. Pour en venir aux faits particuliers évoqués par la requérante, la Cour observe que de nombreux témoins ont été entendus au cours de l'enquête et qu'un rapport d'expertise a été demandé à un psychologue et un psychiatre. Une enquête a été menée et les différents procureurs ont rendu des décisions motivées, en expliquant leur position avec une certaine précision (paragraphe 44-65 ci-dessus).

176. La Cour reconnaît que les autorités bulgares n'avaient pas la tâche aisée puisqu'elles se trouvaient en présence de deux versions contradictoires des faits et qu'il existait peu de preuves « directes ». Elle ne sous-estime pas les efforts déployés par le magistrat instructeur et les procureurs successifs pour traiter cette affaire.

177. Elle relève toutefois que l'existence de deux versions inconciliables des faits aurait absolument dû entraîner une appréciation de la crédibilité des déclarations obtenues par rapport aux circonstances de l'espèce, lesquelles auraient dû être vérifiées. Or peu de mesures ont été prises pour mettre à l'épreuve la crédibilité de la version des faits donnée

par P. et A. et les témoins cités par eux. En particulier, les témoins dont les déclarations étaient contradictoires (tels M<sup>me</sup> T. et M. M.) n'ont pas été confrontés. Personne n'a cherché à établir le déroulement des événements avec plus de précision. La requérante et son représentant n'ont pas eu l'occasion d'interroger les témoins que l'intéressée accusait de faux témoignage. Dans leurs décisions, les procureurs ne se sont pas du tout demandé si la version des faits exposée par P. et A. était crédible alors que certaines de leurs déclarations étaient sujettes à caution, comme leur affirmation selon laquelle la requérante, âgée de quatorze ans à l'époque, avait commencé à caresser A. quelques instants seulement après avoir eu avec un autre homme la première relation sexuelle de sa vie (paragraphes 16-65 ci-dessus).

178. La Cour estime par conséquent que les autorités compétentes n'ont pas usé de toutes les possibilités qui s'offraient à elles pour établir les circonstances des actes dont il s'agit et n'ont pas apprécié avec suffisamment de précision la crédibilité des déclarations contradictoires recueillies.

179. Il est très significatif que cette carence s'explique apparemment par l'avis du magistrat instructeur et des procureurs successifs selon lequel, étant donné que les faits en cause se présentaient comme un viol perpétré par une connaissance, en l'absence de preuves « directes » de viol – par exemple des traces de violence et de résistance ou des appels à l'aide – ils ne pouvaient déduire de l'appréciation de toutes les circonstances de l'espèce la preuve d'une absence de consentement et, partant, d'un viol. Cette analyse est très nette dans la position du magistrat instructeur ; elle est particulièrement présente dans la décision rendue le 13 mai 1997 par le procureur régional et le 24 juin 1997 par le procureur général (paragraphes 55, 60, 61, 64 et 65 ci-dessus).

180. En outre, il semble que les procureurs n'aient pas exclu la possibilité que la requérante n'eût peut-être pas consenti, mais aient estimé qu'en tout état de cause, en l'absence de preuves d'une résistance, on ne pouvait conclure que les agresseurs avaient compris qu'elle ne consentait pas (voir le texte des décisions des procureurs aux paragraphes 64 et 65 ci-dessus). Les procureurs ont renoncé à la possibilité de démontrer l'intention criminelle des agresseurs en appréciant l'ensemble des circonstances – par exemple les dires d'après lesquels les agresseurs avaient délibérément trompé la requérante afin de l'emmener dans un lieu désert, créant ainsi un cadre coercitif – et en jugeant de la crédibilité des versions des faits avancées par les trois hommes et les témoins qu'ils avaient cités (paragraphes 21, 63 et 66-68 ci-dessus).

181. La Cour estime que si, en pratique, il peut parfois se révéler difficile de prouver l'absence de consentement sans preuves « directes » de viol, comme des traces de violence ou des témoins directs, les autorités n'en ont pas moins l'obligation d'examiner tous les faits et de

statuer après s'être livrées à une appréciation de l'ensemble des circonstances. L'enquête et ses conclusions doivent porter avant tout sur la question de l'absence de consentement.

182. Les autorités n'ont pas procédé ainsi en l'espèce. La Cour considère qu'elles n'ont pas enquêté suffisamment sur les circonstances de l'affaire parce qu'elles ont accordé trop d'importance à la preuve «directe» du viol. Leur démarche a été restrictive en cela qu'elles ont pratiquement élevé la «résistance» au rang d'élément constitutif de l'infraction.

183. On peut également reprocher aux autorités d'avoir accordé peu de poids à la vulnérabilité particulière des adolescents et aux facteurs psychologiques propres aux cas de viol de mineurs (paragraphe 58 à 60 ci-dessus).

184. En outre, des retards considérables ont été accusés au cours de l'enquête (paragraphe 44-46 ci-dessus).

185. En bref, la Cour, sans exprimer d'avis sur la culpabilité de P. et A., estime que l'enquête menée sur les faits de l'espèce, et en particulier la démarche adoptée par le magistrat instructeur et les procureurs, n'a pas répondu aux exigences inhérentes aux obligations positives de l'État, lesquelles, vues à la lumière des normes contemporaines du droit international et de différents systèmes juridiques, consistaient à établir et à appliquer effectivement un système pénal qui punisse toutes les formes de viol et de violence sexuelle.

186. Quant à la possibilité, dont le Gouvernement tire argument, d'une action civile en réparation contre les agresseurs qui existerait dans l'ordre juridique interne, la Cour note qu'elle n'a pas été établie. Quoi qu'il en soit, encore une fois, une protection effective contre le viol et les violences sexuelles appelle des mesures pénales (paragraphe 124 et 148-153 ci-dessus).

187. La Cour conclut par conséquent qu'il y a eu, en l'espèce, violation des obligations positives qui incombent à l'État défendeur en vertu des articles 3 et 8 de la Convention. Elle estime par ailleurs qu'aucune question distincte ne se pose sur le terrain de l'article 13 de la Convention.

## II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION

188. En comparant, dans le code pénal bulgare, le texte de l'article 157 § 2 et celui de l'article 152, qui concernent l'âge du consentement à une activité sexuelle, la requérante se plaint du fait que la loi prévoit une meilleure protection contre le viol pour les «enfants homosexuels» que pour les «enfants hétérosexuels».

### Aux termes de l'article 14 de la Convention

«La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.»

189. A la lumière des conclusions qui précèdent, la Cour estime qu'il n'y a pas lieu d'examiner le grief tiré de l'article 14 de la Convention.

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

190. 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

191. La requérante déclare que, des années après le viol, elle souffre toujours d'un traumatisme psychologique, ce qui, selon elle, est largement dû au fait que le droit et la pratique pertinents ne lui ont pas apporté une protection effective. Elle avance en outre que l'enquête menée dans l'affaire la concernant a été défectueuse et l'a injustement traitée.

192. Se fondant sur ces éléments et sur certains arrêts rendus par la Cour dans des affaires de violence sexuelle, la requérante demande 20 000 euros (EUR) pour dommage moral.

193. Le Gouvernement trouve excessive la somme réclamée.

194. La Cour estime que la requérante a dû éprouver de la détresse et subir un traumatisme psychologique liés au moins partiellement aux défaillances constatées dans la démarche des autorités compétentes. Statuant en équité, elle alloue 8 000 EUR à l'intéressée.

#### B. Frais et dépens

195. La requérante demande 4 740 EUR pour un total de 118 heures et demie de travail sur son dossier, au taux de 40 EUR l'heure. Elle a présenté un contrat sur les honoraires conclu avec son avocat, signé en 2003 par sa mère, ainsi que le relevé des heures de travail. L'avocat de la requérante a expliqué que le contrat avait été signé par la mère car c'est celle-ci qui au départ avait fait appel à lui, M.C. étant mineure à l'époque.

196. Le Gouvernement affirme que le contrat sur les honoraires n'est pas valable étant donné que la requérante a eu dix-huit ans en

septembre 1998 et que, depuis lors, sa mère n'est plus autorisée à agir en son nom. Même au moment de l'accord initial, apparemment oral, entre la mère et l'avocat, la requérante avait plus de quatorze ans et aurait donc eu la capacité, en droit bulgare, d'accomplir des actes juridiques avec l'aval de sa mère.

197. Le Gouvernement déclare également que les parties au contrat sur les honoraires sont convenues d'un taux horaire de 40 EUR en 2003, lors de la phase finale de la procédure ; des honoraires élevés et arbitraires auraient donc été fixés. Dans «d'autres circonstances», la requérante n'aurait pas accepté de payer de tels montants.

198. Selon la jurisprudence constante de la Cour, l'allocation de frais et dépens au titre de l'article 41 présuppose que se trouvent établis leur réalité, leur nécessité et, de plus, le caractère raisonnable de leur taux. En outre, les frais de justice ne sont recouvrables que dans la mesure où ils se rapportent à la violation constatée (*Beyeler c. Italie* (satisfaction équitable) [GC], n° 33202/96, § 27, 28 mai 2002).

199. Le Gouvernement ne nie pas que l'avocat de la requérante ait travaillé sur le dossier de celle-ci, après avoir reçu le 27 novembre 1997 une procuration signée par M.C. et sa mère, à un moment où la jeune fille n'avait pas encore atteint l'âge de la majorité (paragraphes 2 et 9 ci-dessus). Il n'a pas été allégué que l'intéressée discute les frais facturés par son avocat ni que ces frais sont sans rapport avec la violation constatée en l'espèce. Dès lors, il ne fait aucun doute que les frais de justice réclamés ont été effectivement et nécessairement exposés.

200. Le Gouvernement ne conteste pas le nombre d'heures de travail accompli. La Cour estime par ailleurs que le taux horaire de 40 EUR n'est pas excessif. Par conséquent, après déduction des 630 EUR reçus du Conseil de l'Europe au titre de l'assistance judiciaire, la Cour alloue à la requérante 4 110 EUR pour frais et dépens.

### C. Intérêts moratoires

201. La Cour juge approprié de calquer le taux des intérêts moratoires sur le taux d'intérêt de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne majoré de trois points de pourcentage.

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

1. *Dit* qu'il y a eu violation des obligations positives qui incombent à l'Etat défendeur en vertu des articles 3 et 8 de la Convention ;
2. *Dit* qu'aucune question distincte ne se pose sous l'angle de l'article 13 de la Convention ;

3. *Dit* qu'il n'y a pas lieu d'examiner les griefs formulés par la requérante sur le terrain de l'article 14 de la Convention ;
4. *Dit*
  - a) que l'Etat défendeur doit verser à la requérante, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, les sommes suivantes, à convertir dans la monnaie nationale de l'Etat défendeur au taux applicable à la date du règlement :
    - i. 8000 EUR (huit mille euros) pour dommage moral,
    - ii. 4 110 EUR (quatre mille cent dix euros) pour frais et dépens, et
    - iii. tout montant pouvant être dû à titre d'impôt sur lesdites sommes ;
  - b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage ;
5. *Rejette* la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 4 décembre 2003, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Søren NIELSEN  
Greffier adjoint

Christos ROZAKIS  
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<sup>me</sup> Tulkens.

C.L.R.  
S.N.



OPINION CONCORDANTE DE M<sup>me</sup> LA JUGE TULKENS

Dans cette affaire, particulièrement sensible et délicate, je souhaiterais simplement formuler quelques observations complémentaires.

1. Je pense qu'il était important et significatif que la Cour se situe à la fois sur le terrain de l'article 3 *et* de l'article 8 de la Convention. En effet, le viol est une atteinte à la fois au droit à l'intégrité (physique et psychique) de la personne garanti par l'article 3 et à son droit à l'autonomie comme élément du droit à la vie privée garanti par l'article 8.

2. Je partage entièrement l'approche générale suivie par la Cour (paragraphe 148 et suivants de l'arrêt) et son application de celle-ci dans le cas d'espèce (paragraphe 169 et suivants de l'arrêt). Le seul point que je souhaiterais clarifier est relatif à l'usage de la voie pénale. En se fondant, notamment, sur l'arrêt *X et Y c. Pays-Bas* du 26 mars 1985, série A n° 91, la Cour considère « que les Etats ont l'obligation positive, inhérente aux articles 3 et 8 de la Convention, d'adopter des dispositions en matière pénale qui sanctionnent effectivement le viol (...) » (paragraphe 153 de l'arrêt). Certes, le recours au droit pénal peut se comprendre pour ce type d'infraction. Toutefois, il importe aussi de rappeler, *sur un plan plus général*, comme le fait d'ailleurs l'arrêt *X et Y c. Pays-Bas* lui-même, que « le recours à la loi pénale ne constitue pas nécessairement l'unique solution » (p. 12, § 24 *in fine*). Je pense que l'intervention pénale doit rester, en théorie comme en pratique, un remède ultime, une intervention subsidiaire et que son usage, même dans le champ des obligations positives, doit faire l'objet d'une certaine « retenue ». Quant au postulat que la voie pénale serait, en tout état de cause, la plus efficace en termes de prévention, les observations contenues dans le *Rapport sur la décriminalisation* du Comité européen pour les problèmes criminels montrent bien que l'efficacité de la prévention générale fondée sur le droit pénal dépend de nombreux facteurs et que celle-ci n'est pas la seule façon de prévenir les comportements indésirables<sup>1</sup>.

3. Cela étant, dans le cas d'espèce, comme d'ailleurs dans l'arrêt *X et Y c. Pays-Bas* (p. 13, § 27), à partir du moment où l'Etat a opté pour un système de garantie fondé sur le droit pénal, il est évidemment essentiel que les dispositions pénales soient entièrement et complètement appliquées afin d'assurer à la requérante une protection concrète et effective. A cet égard, l'observation de la Cour selon laquelle « [l']enquête et ses conclusions doivent porter avant tout sur la question de l'absence de consentement » (paragraphe 181 de l'arrêt) est à mes yeux primordiale.

---

1. Comité européen pour les problèmes criminels, *Rapport sur la décriminalisation*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1980, pp. 78-80.



KRONE VERLAG GmbH & Co. KG v. AUSTRIA (No. 3)  
(*Application no. 39069/97*)

FIRST SECTION

JUDGMENT OF 11 DECEMBER 2003<sup>1</sup>

---

1. English original.



SUMMARY<sup>1</sup>**Injunction prohibiting the publication of an advertisement unless a number of conditions were met****Article 10**

*Freedom of expression – Injunction prohibiting the publication of an advertisement unless a number of conditions were met – In accordance with the law – Protection of the reputation and rights of others – Necessary in a democratic society – Wide margin of appreciation accorded to States in areas of unfair competition and advertising – Far-reaching consequences of the injunction – Essence of price comparison impaired – Non-proportionality of the measure – Margin of appreciation overstepped by domestic authorities*

\*  
\* \* \*

The applicant company, which owns the daily newspaper *Neue Kronenzeitung*, published an advertisement for subscriptions in which it compared its monthly subscription rates with those of another regional newspaper, the *Salzburger Nachrichten*. The advertisement described the *Neue Kronenzeitung* as “the best” local newspaper. The *Salzburger Nachrichten* applied to the courts for a preliminary injunction prohibiting publication of the advertisement. Following proceedings in the regional court and the court of appeal, the Supreme Court granted the injunction as it found that the advertisement was misleading in comparing newspapers of different quality. The applicant company was subsequently ordered to refrain from publishing the advertisement unless, *inter alia*, when comparing the prices of the two newspapers it also mentioned their different reporting styles in news coverage.

*Held*

Article 10: The impugned injunction constituted an interference with the applicant company’s right to freedom of expression. The interference was prescribed by law and served the legitimate aim of protecting the reputation or rights of others. Given the margin of appreciation accorded to States in the areas of unfair competition and advertising, the Court’s task was confined to ascertaining whether the measure taken at national level was justifiable in principle and proportionate. It reiterated that advertising may sometimes be restricted to prevent untruthful or misleading advertising, and that even truthful advertising can be restricted to ensure respect for the rights of others or owing to special circumstances of particular business activities. In the present case, the impugned injunction had quite far-reaching consequences as the applicant company would

---

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

have to provide information on the different reporting styles of the respective newspapers when publishing future advertisements. The injunction was too broad and impaired the very essence of price comparison. Moreover, its practical implementation, although not impossible, was very difficult for the applicant company. The domestic courts had overstepped their margin of appreciation, the measure at issue was disproportionate and, therefore, not necessary in a democratic society.

*Conclusion:* violation (unanimously).

Article 41: The Court made an award in respect of pecuniary damage. It also made an award in respect of costs and expenses.

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

*markt intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. Germany*, judgment of 20 November 1989, Series A no. 165

*Casado Coca v. Spain*, judgment of 24 February 1994, Series A no. 285-A

*Jacobowski v. Germany*, judgment of 23 June 1994, Series A no. 291-A

*Hertel v. Switzerland*, judgment of 25 August 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VI

*Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway* [GC], no. 21980/93, ECHR 1999-III

*News Verlags GmbH & Co. KG v. Austria*, no. 31457/96, ECHR 2000-I

*Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) v. Switzerland* (dec.), no. 43524/98, 12 April 2001

*Unabhängige Initiative Informationsvielfalt v. Austria*, no. 28525/95, 26 February 2002

*Dichand and Others v. Austria*, no. 29271/95, 26 February 2002

**In the case of Krone Verlag GmbH & Co. KG v. Austria (no. 3),**  
The European Court of Human Rights (First Section), sitting as a  
Chamber composed of:

Mr C.L. ROZAKIS, *President*,  
Mr E. LEVITS,  
Mrs S. BOTOCHAROVA,  
Mr A. KOVLER,  
Mr V. ZAGREBELSKY,  
Mrs E. STEINER,  
Mr K. HAJIYEV, *judges*,  
and Mr S. NIELSEN, *Deputy Section Registrar*,

Having deliberated in private on 20 March and 20 November 2003,  
Delivers the following judgment, which was adopted on the last-  
mentioned date:

## PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 39069/97) 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 Krone Verlag GmbH & Co. KG, the owner of the daily newspaper *Neue Kronenzeitung* with its registered office in Vienna (“the applicant company”), on 18 September 1997.

2. The applicant company was represented by Mr R. Fiebinger, a lawyer practising in Vienna. 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 company alleged that the injunction issued against it under the Unfair Competition Act was in breach of its right to freedom of expression within the meaning of Article 10 of the Convention, in so far as it prohibited the applicant company from comparing the sales prices of the *Neue Kronenzeitung* and the *Salzburger Nachrichten* without indicating the differences in their reporting styles as regards coverage of foreign or domestic politics, economy, culture, science, health, environmental issues and law.

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

5. It was allocated to the Third Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court).

6. On 1 November 2001 the Court changed the composition of its Sections (Rule 25 § 1). This case was assigned to the newly composed First Section (Rule 52 § 1). Within that Section, the Chamber that would

consider the case (Article 27 § 1 of the Convention) was constituted as provided in Rule 26 § 1.

7. By a decision of 20 March 2003, the Chamber declared the application admissible.

8. The applicant and the Government each filed observations on the merits (Rule 59 § 1). The Chamber having decided, after consulting the parties, that no hearing on the merits was required (Rule 59 § 3 *in fine*), the parties replied in writing to each other's observations.

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

9. Krone Verlag GmbH & Co. KG, a limited liability company with its registered office in Vienna, is the owner of the daily newspaper *Neue Kronenzeitung* published by Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG ("the publisher").

10. On 9 and 11 December 1994 the Salzburg edition of the *Neue Kronenzeitung* published an advertisement for subscriptions to the newspaper in which it compared its monthly subscription rates with those of another regional newspaper, the *Salzburger Nachrichten*. According to the advertisement, the *Neue Kronenzeitung* was "the best" local newspaper.

11. On 13 December 1994 the *Salzburger Nachrichten* applied to the Salzburg Regional Court (*Landesgericht*) for a preliminary injunction (*einstweilige Verfügung*) under sections 1 and 2 of the Unfair Competition Act (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*) against the applicant company and the publisher. It requested that the applicant company and the publisher be ordered to refrain from publishing the advertisement.

12. On 29 December 1994 the Salzburg Regional Court issued a preliminary injunction against the applicant company and the publisher to preserve the status quo during the proceedings. On appeal by the applicant company and the publisher, the Linz Court of Appeal (*Oberlandesgericht*) quashed the Regional Court's decision. The court stated, *inter alia*, that the two newspapers were competitors in the same market and for the same readership. On 23 May 1995 the Supreme Court (*Oberster Gerichtshof*), on appeal by the *Salzburger Nachrichten*, issued a preliminary injunction. The court found that the advertisement was misleading. It considered that the *Salzburger Nachrichten* was a "quality newspaper" and the *Neue Kronenzeitung* was not, and that this difference was not necessarily known to readers. Furthermore, in the particular circumstances of the case, calling the *Neue Kronenzeitung* "the best" local newspaper amounted to disparagement of the *Salzburger Nachrichten*.



13. In the main proceedings which followed, the Salzburg Regional Court ordered the applicant company and the publisher to refrain from publishing the advertisement as long as it did not provide at the same time information which made it possible to avoid any generally pejorative value statement or any other risk of misleading readers. Secondly, it ordered them not to refer to the sales price of the *Salzburger Nachrichten* as “expensive”. Thirdly, it ordered them to refrain from comparing the sales prices of the two newspapers unless they indicated at the same time the differences in their respective reporting styles, in particular as regards coverage of foreign or domestic politics, economy, culture, science, health, environmental issues and law, and referred also to the *Neue Kronenzeitung* as an entertainment-orientated communications medium and the *Salzburger Nachrichten* as a medium mainly geared to information. Lastly, it ordered them to publish the decision.

14. On 21 March 1997 the Linz Court of Appeal, allowing in part an appeal by the applicant company and the publisher, confined the third branch of the injunction to the order that the applicant company and the publisher refrain from comparing the sales prices of the two newspapers without indicating the differences in their reporting styles as regards coverage of foreign or domestic politics, economy, culture, science, health, environmental issues and law. It confirmed the lower court’s decision as to the remaining branches of the injunction. The court considered that it was a matter of common knowledge that both newspapers were competing in the same market. As to the differences in quality between the newspapers and the argument that readers were not familiar with these differences, the Linz Court of Appeal referred to the Supreme Court’s decision of 23 May 1995.

15. On 28 April 1997 the applicant company and the publisher lodged an appeal on points of law against this decision, relying on Article 10 of the Convention.

16. On 13 May 1997 the Supreme Court declared their appeal on points of law inadmissible. The decision was served on the parties on 16 June 1997.

## II. RELEVANT DOMESTIC LAW

17. The relevant sections of the Unfair Competition Act read as follows:

### Section 1

“Any person who in the course of business commits, for purposes of competition, acts contrary to honest practices, may be ordered to desist from further engaging in those acts and held liable for damages.

## Section 2

Any person who in the course of business, for purposes of competition, makes declarations that could be misleading about commercial conditions, especially on the quality, origin, method of production or calculation of the prices of single goods or services or the whole stock, on price-lists, about the manner and sources of supply, about the possession of awards, about the occasion or purpose of the sale or about the quantity of the stock, may be ordered to desist from further making those declarations and, if he knew or must have known that they were likely to mislead, held liable for damages. However, comparing prices in advertisements is authorised, if it is not contrary to this section or section 1."

## THE LAW

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

18. The applicant company complained that its right to freedom of expression under Article 10 of the Convention had been infringed by the Austrian courts' injunction in so far as it prohibited the comparison of sales prices of the *Neue Kronenzeitung* and the *Salzburger Nachrichten* without indicating the differences in their reporting styles as regards coverage of foreign or domestic politics, economy, culture, science, health, environmental issues and law. Article 10 provides 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. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary."

#### A. Scope of the case and existence of an interference

19. The Court notes at the outset that the injunction issued against the applicant company in the main proceedings was in three branches (see paragraphs 13 and 14 above), while its complaint before the Court merely concerned the third branch, namely the order that the applicant company must refrain from comparing the sales prices of the *Neue Kronenzeitung* and the *Salzburger Nachrichten* without indicating the differences in their reporting styles as regards coverage of foreign or domestic politics, economy, culture, science, health, environmental issues and law.

20. In so far as this part of the injunction is concerned, the Court finds, and this was common ground between the parties, that it constituted an interference with the applicant company's right to freedom of expression, as guaranteed by Article 10 § 1 of the Convention (see, *mutatis mutandis*, *Hertel v. Switzerland*, judgment of 25 August 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VI, pp. 2324-25, § 31, and *Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) v. Switzerland* (dec.), no. 43524/98, 12 April 2001).

## **B. Justification for the interference**

21. 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"*

22. The applicant company disputed that sections 1 and 2 of the Unfair Competition Act fulfilled the "prescribed by law" requirement, arguing that there was no established Austrian court practice in this area and that the judgments were mainly based on German court practice.

23. In the Government's view, the above provisions were applied in conformity with the well-established case-law of the Austrian Supreme Court.

24. The Court considers that the interference was prescribed by law, namely by sections 1 and 2 of the Unfair Competition Act (see *markt intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. Germany*, judgment of 20 November 1989, Series A no. 165, pp. 18-19, § 30, with further references, and, *mutatis mutandis*, *News Verlags GmbH & Co. KG v. Austria*, no. 31457/96, § 43, ECHR 2000-I).

### *2. Legitimate aim*

25. The applicant company argued that the injunction did not serve any legitimate aim, as the correct disclosure of sales prices could not harm the reputation of the competitor.

26. The Government submitted that the interference served the legitimate aim of the protection of the reputation or rights of others, in particular to ensure that the applicant company's competitor was not exposed to misleading advertisements and that readers would not be victims of misleading comparative advertising.

27. The Court considers, like the Government, that the interference served a legitimate aim, namely "the protection of the reputation or rights of others" within the meaning of Article 10 § 2 of the Convention.

### 3. “Necessary in a democratic society”

28. As regards the necessity of the interference, the applicant company cast doubts on the existence of a “pressing social need” to justify the interference. Since the domestic courts had based their reasoning on the assumption that the differences in quality were matters of common knowledge, the impugned injunction had been unnecessary for the protection of readers. Moreover, the domestic courts had failed to balance the interests of the parties. The applicant company further contended that the order restraining it from comparing the sales prices of the two competing newspapers without referring to their differences in reporting styles had resulted in an absolute advertising ban. In order to avoid a breach of the injunction, the applicant company would have to obtain a detailed analysis of existing differences between the two newspapers, which would have to be published at the same time as the advertising slogan. Failing this, the applicant company would risk having to pay fines up to 100,000 euros for each and every violation of the injunction, or even imprisonment of its managing directors.

29. The Government argued that, in view of the wide margin of appreciation accorded to Contracting States in purely commercial matters, the interference could not be considered disproportionate. Moreover, the interference was of a minor character as no penalty had been pronounced and no fine imposed.

30. The Court reiterates that under its case-law the States parties to the Convention have a certain margin of appreciation in assessing the necessity of an interference, but this margin is subject to European supervision as regards both the relevant rules and the decisions applying them (see *Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beermann*, cited above, pp. 19-20, § 33). Such a margin of appreciation is particularly essential in the complex and fluctuating area of unfair competition. The same applies to advertising. The Court’s task is therefore confined to ascertaining whether the measures taken at national level are justifiable in principle and proportionate (see *Casado Coca v. Spain*, judgment of 24 February 1994, Series A no. 285-A, p. 28, § 50, and *Jacobowski v. Germany*, judgment of 23 June 1994, Series A no. 291-A, p.14, § 26).

31. For the public, advertising is a means of discovering the characteristics of services and goods offered to them. Nevertheless, it may sometimes be restricted, especially to prevent unfair competition and untruthful or misleading advertising. In some contexts, even the publication of objective, truthful advertisements might be restricted in order to ensure respect for the rights of others or owing to the special circumstances of particular business activities and professions. Any such restrictions must, however, be closely scrutinised by the Court, which must weigh the requirements of those particular features against the

advertising in question; to this end, the Court must look at the impugned penalty in the light of the case as a whole (see *Casado Coca*, cited above, p. 28 § 51).

32. Turning to the circumstances of the present case, the Court considers that the domestic courts based their decision first and foremost on the assumption that the two newspapers were not of comparable quality and that a comparison of their prices would therefore be misleading. On the other hand, the courts also stated that the two newspapers were competitors in the same market and for the same circle of readers. The Court finds these two statements rather inconsistent.

33. In looking closer at the impact of the impugned injunction on the applicant company, the Court observes that no penalty was imposed. However, the measure at issue has quite far-reaching consequences as regards future advertising involving price comparison: the applicant company will also need to provide information on how its reporting style differs on matters of foreign or domestic politics, economy, culture, science, health, environmental issues and law. The Court considers the injunction to be far too broad, impairing the very essence of price comparison. Moreover, its practical implementation – although not impossible – in general appears to be highly difficult for the applicant company. Furthermore, the applicant company risks the imposition of fines for non-compliance with the injunction.

34. The Court notes that, in the instant case, the domestic courts gave priority to the protection of the reputation of the other competitor and the rights of readers against misleading advertising. However, when balancing the conflicting interests involved and taking account of the impact of the injunction on the applicant company's possibilities in future for advertising involving price comparison, the Court considers that the Austrian courts overstepped their margin of appreciation in the present case, and that the measure at issue was disproportionate and therefore not "necessary in a democratic society" within the meaning of Article 10 § 2 of the Convention.

35. Accordingly, there has been a violation of Article 10 of the Convention.

## II. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

36. 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

37. The applicant company sought a total of 1,045,653.17 euros (EUR) for pecuniary damage caused by the injunction. This amount consisted of EUR 500,000 each for past and future loss of earnings due to the loss of new subscribers, EUR 13,682.94 in respect of reimbursement of the other party's costs incurred in the domestic proceedings and EUR 31,970.23 for costs of publishing the injunction. The applicant company submitted that, even though certain invoices had been sent to the publisher for payment, the applicant company had actually borne the expenditure.

38. The Government maintained that the claims for past and future loss of earnings were speculative as there was no causal link between the injunction at issue and the alleged loss of earnings. While the Government accepted in principle the claim in respect of the costs paid to the other party, they argued in respect of the claim for publication costs that only EUR 680.22 had been shown to have actually been incurred by the applicant company.

39. The Court considers that there is no causal link between the violation found and the claims for alleged loss of earnings. Thus, no award can be made in this regard.

40. Having regard to the direct link between the courts' order to pay the other party's costs and to publish the injunction on the one hand, and the violation of Article 10 found by the Court on the other, the applicant company would in principle be entitled to compensation under this head. However, the Court notes firstly that only one of the three branches of the injunction is at issue (see paragraph 19 above), while the sums claimed by the applicant company relate to the domestic proceedings in their entirety (see *Unabhängige Initiative Informationsvielfalt v. Austria*, no. 28525/95, § 54, 26 February 2002). Secondly, the Court observes that the applicant company, who was found jointly and severally liable together with the publisher, has not furnished proof that it actually paid the amounts claimed. Thus, the Court awards the applicant company EUR 680.22.

### B. Costs and expenses

41. The applicant company sought EUR 22,059.72 for reimbursement of costs and expenses incurred in the domestic proceedings and EUR 15,774.78 (based on an hourly fee of EUR 330) in respect of costs and expenses incurred in the Convention proceedings.

42. In the Government's view, the costs claim relating to the domestic proceedings was excessive compared with the costs reimbursed to the other party. They argued further that there was no proof that the applicant company had actually borne these costs. In respect of the costs

claim for the Convention proceedings, the Government submitted that the amount was excessive and that, assessing the claim on the basis of the Lawyers' Fees Act (*Rechtsanwaltstarifgesetz*), only EUR 3,346.15 could possibly be claimed.

43. The Court will consider the above claims in the light of the criteria laid down in its case-law, namely, whether the costs and expenses were actually and necessarily incurred in order to prevent or obtain redress for the matter found to constitute a violation of the Convention and are reasonable as to quantum (see, for instance, *Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway* [GC], no. 21980/93, § 80, ECHR 1999-III).

44. Although the applicant company is in principle entitled to compensation for costs and expenses in the domestic proceedings, the Court observes that the claim relates to the entire domestic proceedings while in the Convention proceedings only one part of the injunction is at issue (see paragraphs 19 and 40 above). The Court agrees with the Government that the applicant company has not submitted proof that it actually paid the amounts claimed. Thus, no award can be made under this head.

45. In respect of the costs and expenses incurred in the Convention proceedings, the Court, having regard to the sums awarded in similar cases (see *Unabhängige Initiative Informationsvielfalt*, cited above, § 55), awards, on an equitable basis, EUR 6,000.

### **C. Interest payable pending the proceedings before the national courts and the Convention institutions**

46. The applicant company claimed that interest at rates varying between 5 and 10.75% per annum should be added to the above claims starting from 1 May 1997.

47. The Court finds that some pecuniary loss must have been occasioned by reason of the period that elapsed between the time when the above costs were incurred and the Court's award (see *Dichand and Others v. Austria*, no. 29271/95, § 62, 26 February 2002). Deciding on an equitable basis, it awards the applicant company EUR 200 under this head.

### **D. Default interest**

48. The Court considers it appropriate that the default interest should be based on the marginal lending rate of the European Central Bank, to which should be added three percentage points.

## 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 680.22 (six hundred and eighty euros twenty-two cents) in respect of pecuniary damage;
    - (ii) EUR 6,000 (six thousand euros) in respect of costs and expenses;
    - (iii) EUR 200 (two hundred euros) in respect of additional interest;
    - (iv) any tax that may be chargeable on the above amounts;
  - (b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amounts at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;
3. *Dismisses* the remainder of the applicant company's claim for just satisfaction.

Done in English, and notified in writing on 11 December 2003, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Søren NIELSEN  
Deputy Registrar

Christos ROZAKIS  
President



KRONE VERLAG GmbH & Co. KG c. AUTRICHE (N° 3)  
(*Requête n° 39069/97*)

PREMIÈRE SECTION

ARRÊT DU 11 DÉCEMBRE 2003<sup>1</sup>

---

1. Traduction; original anglais.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Injonction interdisant de faire paraître une annonce publicitaire si un certain nombre de conditions ne sont pas respectées****Article 10**

*Liberté d'expression – Injonction interdisant de faire paraître une annonce publicitaire si un certain nombre de conditions ne sont pas respectées – Prévues par la loi – Protection de la réputation ou des droits d'autrui – Nécessaire dans une société démocratique – Vaste marge d'appréciation laissée aux États dans les domaines de la concurrence déloyale et de la publicité – Injonction lourde de conséquences – Atteinte à l'essence même de la possibilité de comparer les prix – Disproportion de la mesure – Dépassement de la marge d'appréciation par les autorités nationales*

\*  
\*   \*

La société requérante, propriétaire du quotidien *Neue Kronenzeitung*, fit paraître une publicité pour des abonnements, dans laquelle ses tarifs d'abonnement mensuel étaient comparés à ceux d'un autre journal régional, le *Salzburger Nachrichten*. Selon la publicité, le *Neue Kronenzeitung* était « le meilleur » journal local. Le *Salzburger Nachrichten* demanda aux tribunaux de prononcer en référé une ordonnance interdisant à la société requérante de faire paraître l'annonce publicitaire en question. A la suite des procédures devant le tribunal régional et la cour d'appel, la Cour suprême prononça l'ordonnance de référé; elle jugea la publicité trompeuse en ce qu'elle comparait des journaux de qualité différente. Par la suite, le tribunal interdit à la société requérante de faire paraître l'annonce publicitaire si, notamment, en comparant les prix de vente des deux journaux, elle n'indiquait pas également les différences dans leurs styles respectifs quant à la façon de rendre compte de l'information.

Article 10: l'injonction litigieuse constitue une ingérence dans l'exercice par la société requérante de son droit à la liberté d'expression. L'ingérence était prévue par la loi et poursuivait le but légitime de la protection de la réputation ou des droits d'autrui. Vu la marge d'appréciation laissée aux États dans les domaines de la concurrence déloyale et de la publicité, la tâche de la Cour se limite à rechercher si les mesures prises au niveau national se justifient dans leur principe et sont proportionnées. Elle rappelle que la publicité peut parfois faire l'objet de restrictions destinées à empêcher la publicité mensongère ou trompeuse, et que même des messages publicitaires véridiques pourraient subir des limitations, tendant au respect des droits d'autrui ou fondées sur les particularités d'une activité commerciale déterminée. En l'espèce, l'injonction

---

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

litigieuse est relativement lourde de conséquences, étant donné que la société requérante devra fournir dans les publicités futures des informations sur la façon des journaux respectifs de traiter l'information. L'injonction est beaucoup trop large et porte atteinte à l'essence même de la possibilité de comparer les prix. En outre, son exécution concrète, bien qu'elle ne soit pas impossible, paraît extrêmement difficile pour la société requérante. Les juridictions autrichiennes ont dépassé leur marge d'appréciation, la mesure litigieuse était disproportionnée et n'était donc pas nécessaire dans une société démocratique.

*Conclusion* : violation (unanimité).

Article 41 : la Cour alloue une indemnité pour dommage matériel. Elle octroie également une somme pour frais et dépens.

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

*markt intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne*, arrêt du 20 novembre 1989, série A n° 165

*Casado Coca c. Espagne*, arrêt du 24 février 1994, série A n° 285-A

*Jacobowski c. Allemagne*, arrêt du 23 juin 1994, série A n° 291-A

*Hertel c. Suisse*, arrêt du 25 août 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VI

*Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège* [GC], n° 21980/93, CEDH 1999-III

*News Verlags GmbH & Co. KG c. Autriche*, n° 31457/96, CEDH 2000-I

*Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) c. Suisse* (déc.), n° 43524/98, 12 avril 2001

*Unabhängige Initiative Informationsvielfalt c. Autriche*, n° 28525/95, 26 février 2002

*Dichand et autres c. Autriche*, n° 29271/95, 26 février 2002

**En l'affaire Krone Verlag GmbH & Co. KG c. Autriche (n° 3),**

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

MM. C.L. ROZAKIS, *président*,

E. LEVITS,

M<sup>me</sup> S. BOTOUCHAROVA,

MM. A. KOVLER,

V. ZAGREBELSKY,

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

M. K. HAJIYEV, *juges*,

et de M. S. NIELSEN, *greffier adjoint de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 20 mars et  
20 novembre 2003,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 39069/97) dirigée contre la République d'Autriche et dont la société Krone Verlag GmbH & Co. KG, sise à Vienne et propriétaire du quotidien *Neue Kronenzeitung* (« la société requérante »), avait saisi la Commission européenne des Droits de l'Homme (« la Commission ») le 18 septembre 1997 en vertu de l'ancien article 25 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (« la Convention »).

2. La société requérante était représentée par M<sup>r</sup> R. Fiebinger, avocat au barreau de Vienne. 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 société requérante alléguait que l'injonction prononcée contre elle en vertu de la loi sur la concurrence déloyale portait atteinte à son droit à la liberté d'expression, au sens de l'article 10 de la Convention, dans la mesure où elle lui interdisait de comparer les prix de vente du *Neue Kronenzeitung* et du *Salzburger Nachrichten* sans faire état de leurs différences dans leur manière de rendre compte des sujets dans les domaines de la politique intérieure et étrangère, de l'économie, de la culture, de la science, de la santé, de l'environnement et du droit.

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).

6. 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 été attri-

buée à la première section telle que remaniée (article 52 § 1). Au sein de celle-ci, la chambre chargée d'examiner l'affaire (article 27 § 1 de la Convention) a été constituée conformément à l'article 26 § 1 du règlement.

7. Par une décision du 20 mars 2003, la chambre a déclaré la requête recevable.

8. Tant la société requérante que le Gouvernement ont déposé des observations écrites sur le fond de l'affaire (article 59 § 1 du règlement). La chambre 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 § 3 *in fine*), les parties ont chacune répondu par écrit aux observations de l'autre.

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

9. Krone Verlag GmbH & Co. KG est une société à responsabilité limitée ayant son siège à Vienne. Elle est propriétaire du quotidien *Neue Kronenzeitung*, édité par Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG («l'éditeur»).

10. Les 9 et 11 décembre 1994, le *Neue Kronenzeitung* fit paraître dans son édition de Salzbourg une publicité pour des abonnements au journal, dans laquelle ses tarifs d'abonnement mensuel étaient comparés à ceux d'un autre journal régional, le *Salzburger Nachrichten*. Selon la publicité, le *Neue Kronenzeitung* était «le meilleur» journal local.

11. Le 13 décembre 1994, s'appuyant sur les articles 1 et 2 de la loi sur la concurrence déloyale (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*), le *Salzburger Nachrichten* demanda au tribunal régional (*Landesgericht*) de Salzbourg de prononcer en référé une ordonnance (*einstweilige Verfügung*) interdisant à la société requérante et à l'éditeur de faire paraître l'annonce publicitaire en question.

12. Le 29 décembre 1994, le tribunal régional de Salzbourg prononça une ordonnance de référé contre la société requérante et l'éditeur pour préserver le *statu quo* durant la procédure. Sur appel de la société requérante et de l'éditeur, la cour d'appel (*Oberlandesgericht*) de Linz cassa la décision du tribunal régional. La juridiction d'appel déclara notamment que les deux journaux étaient en concurrence sur le même marché et pour le même lectorat. Le 23 mai 1995, la Cour suprême (*Oberster Gerichtshof*), saisie par le *Salzburger Nachrichten*, prononça une ordonnance de référé. Elle jugea la publicité trompeuse. Elle estima que le *Salzburger Nachrichten* était un «journal de qualité», contrairement au *Neue Kronenzeitung*, différence que les lecteurs ne connaissaient pas forcément. En outre, dans

les circonstances particulières de l'affaire, qualifier le *Neue Kronenzeitung* de « meilleur » journal local revenait à dénigrer le *Salzburger Nachrichten*.

13. Dans la procédure principale qui s'ensuivit, le tribunal régional de Salzbourg, premièrement, interdit à la société requérante et à l'éditeur de faire paraître cette annonce publicitaire dès lors qu'elle ne fournissait pas en même temps des informations de nature à éviter tout jugement de valeur généralement péjoratif ou tout autre risque de tromper les lecteurs. Deuxièmement, il leur interdit de qualifier de « cher » le prix de vente du *Salzburger Nachrichten*. Troisièmement, il les invita à s'abstenir de comparer les prix de vente des deux journaux s'ils n'indiquaient pas également les différences dans leurs styles respectifs, en particulier quant à la façon de rendre compte des sujets dans les domaines de la politique intérieure et étrangère, de l'économie, de la culture, de la science, de la santé, de l'environnement et du droit, et s'ils ne définissaient pas en outre le *Neue Kronenzeitung* comme un média de communication axé sur le divertissement et le *Salzburger Nachrichten* comme un journal privilégiant l'information. Enfin, il leur ordonna de publier la décision.

14. Le 21 mars 1997, la cour d'appel de Linz, accueillant en partie un appel de la société requérante et de l'éditeur, limita le troisième volet de l'injonction à l'interdiction pour les appelants de comparer les prix de vente des deux journaux sans faire état des différences dans leur manière de rendre compte des sujets dans les domaines de la politique intérieure et étrangère, de l'économie, de la culture, de la science, de la santé, de l'environnement et du droit. Elle confirma la décision de la juridiction inférieure quant aux autres volets de l'injonction. La cour d'appel estima qu'il était notoire que les deux journaux étaient en concurrence sur le même marché. Quant aux différences de qualité entre les journaux et l'argument selon lequel les lecteurs n'étaient pas au fait de ces différences, la cour d'appel de Linz renvoya à la décision rendue par la Cour suprême le 23 mai 1995.

15. Le 28 avril 1997, invoquant l'article 10 de la Convention, la société requérante et l'éditeur formèrent un pourvoi en cassation contre cette décision.

16. Le 13 mai 1997, la Cour suprême déclara le pourvoi irrecevable. La décision fut signifiée aux parties le 16 juin 1997.

## II. LE DROIT INTERNE PERTINENT

17. Les dispositions pertinentes de la loi sur la concurrence déloyale sont ainsi libellées :

### Article 1

« Quiconque accomplit en affaires, à des fins de concurrence, des actes contraires aux bonnes pratiques est passible d'une action en cessation et en dommages-intérêts. »

## Article 2

«Quiconque formule en affaires, à des fins de concurrence, des déclarations pouvant être trompeuses au sujet de conditions commerciales, en particulier sur la qualité, l'origine, la méthode de production ou le calcul des prix à l'unité de biens ou services ou de l'ensemble du stock, ou les listes de prix, au sujet des modalités et des sources d'approvisionnement, de l'obtention de récompenses, de l'occasion ou du but de la vente, ou de la quantité du stock est passible d'une action en cessation et, s'il sait ou aurait dû savoir que ces déclarations pouvaient être trompeuses, d'une action en dommages-intérêts. Toutefois, la publicité comparative de prix est autorisée, si elle ne contrevient pas au présent article ou à l'article 1.»

## EN DROIT

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

18. La société requérante allègue que l'injonction des tribunaux autrichiens lui interdisant de comparer les prix de vente du *Neue Kronenzeitung* et du *Salzburger Nachrichten* sans faire état de leurs différences dans leur manière de traiter les sujets dans les domaines de la politique intérieure et étrangère, de l'économie, de la culture, de la science, de la santé, de l'environnement et du droit porte atteinte à son droit à la liberté d'expression garanti par l'article 10 de la Convention, lequel est ainsi libellé :

«1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.»

#### A. Sur l'objet du litige et l'existence d'une ingérence

19. La Cour constate d'emblée que l'injonction adressée à la société requérante dans la procédure principale comportait trois volets (paragraphe 13 et 14 ci-dessus), alors que le grief dont elle est saisie concerne uniquement le troisième volet, à savoir l'interdiction faite à la société requérante de comparer les prix de vente du *Neue Kronenzeitung* et du *Salzburger Nachrichten* sans également mentionner les différences dans



leur façon de traiter les sujets dans les domaines de la politique intérieure et étrangère, de l'économie, de la culture, de la science, de la santé, de l'environnement et du droit.

20. Pour ce qui est de ce troisième volet de l'injonction, la Cour estime qu'il constitue une ingérence dans l'exercice par la société requérante de son droit à la liberté d'expression garanti par l'article 10 § 1, ce qui ne prête pas à controverse entre les parties (voir, *mutatis mutandis*, *Hertel c. Suisse*, arrêt du 25 août 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VI, pp. 2324-2325, § 31, et *Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) c. Suisse* (déc.), n° 43524/98, 12 avril 2001).

## **B. Justification de l'ingérence**

21. 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 de l'article 10 et, de surcroît, est «nécessaire dans une société démocratique» pour les atteindre.

### *1. «Prévue par la loi»*

22. La société requérante conteste que les articles 1 et 2 de la loi sur la concurrence déloyale remplissent l'exigence «prévue par la loi», faisant valoir qu'il n'existe aucune pratique judiciaire établie en la matière en Autriche et que les jugements se fondent principalement sur la pratique des juridictions allemandes.

23. De l'avis du Gouvernement, les dispositions susmentionnées ont été appliquées conformément à la jurisprudence constante de la Cour suprême autrichienne.

24. La Cour estime que l'ingérence était prévue par la loi, à savoir par les articles 1 et 2 de la loi sur la concurrence déloyale (*markt intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne*, arrêt du 20 novembre 1989, série A n° 165, pp. 18-19, § 30, avec d'autres références, et, *mutatis mutandis*, *News Verlags GmbH & Co. KG c. Autriche*, n° 31457/96, § 43, CEDH 2000-I).

### *2. But légitime*

25. La société requérante soutient que l'injonction ne poursuivait aucun but légitime, étant donné que la divulgation des prix de vente dans les règles ne saurait porter atteinte à la réputation du concurrent.

26. Le Gouvernement fait valoir que l'ingérence visait le but légitime de la protection de la réputation ou des droits d'autrui; elle tendait en particulier à éviter que la concurrente de la société requérante ne fût exposée à des publicités trompeuses et que les consommateurs ne fussent victimes d'une publicité comparative trompeuse.

27. La Cour estime, à l'instar du Gouvernement, que l'ingérence 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.

3. «Nécessaire dans une société démocratique»

28. Quant à la nécessité de l'ingérence, la société requérante met en doute l'existence d'un «besoin social impérieux» de nature à justifier l'ingérence. Etant donné que les juridictions internes ont fondé leur raisonnement sur l'hypothèse que les différences de qualité étaient notoires, l'injonction litigieuse n'était pas nécessaire pour protéger les lecteurs. En outre, les tribunaux autrichiens n'ont pas mis en balance les intérêts des parties. La société requérante soutient par ailleurs que l'injonction lui interdisant de comparer les prix de vente des deux journaux concurrents sans mentionner également les différences dans la manière de traiter les sujets a abouti à une interdiction totale de la publicité. Pour éviter de contrevenir à l'injonction, elle devrait faire procéder à une analyse détaillée des différences entre les deux journaux et la publier en même temps que le slogan publicitaire. A défaut, pour chaque contravention, elle encourt une amende pouvant aller jusqu'à 100 000 euros, voire une peine d'emprisonnement pour ses directeurs.

29. Le Gouvernement soutient que, compte tenu de la vaste marge d'appréciation accordée aux Etats contractants s'agissant de questions purement commerciales, l'ingérence ne saurait passer pour disproportionnée. De plus, l'ingérence est mineure selon lui, puisque aucune peine n'a été prononcée et aucune amende infligée.

30. La Cour rappelle que, d'après sa jurisprudence, les Etats contractants disposent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de la nécessité d'une ingérence, mais qu'elle va de pair avec un contrôle européen portant à la fois sur les règles pertinentes et sur les décisions qui les appliquent (*markt intern Verlag GmbH et Klaus Beermann*, arrêt précité, pp. 19-20, § 33). Pareille marge d'appréciation est particulièrement indispensable dans un domaine aussi complexe et fluctuant que celui de la concurrence déloyale. Il en va de même pour la publicité. La tâche de la Cour se limite donc à rechercher si les mesures prises au niveau national se justifient dans leur principe et sont proportionnées (*Casado Coca c. Espagne*, arrêt du 24 février 1994, série A n° 285-A, p. 28, § 50; et *Jacobowski c. Allemagne*, arrêt du 23 juin 1994, série A n° 291-A, p. 14, § 26).

31. La publicité constitue pour le citoyen un moyen de connaître les caractéristiques des services et des biens qui lui sont offerts. Néanmoins, elle peut parfois faire l'objet de restrictions destinées, notamment, à empêcher la concurrence déloyale et la publicité mensongère ou trompeuse. Dans certains contextes, même la publication de messages publicitaires objectifs et véridiques pourrait subir des limitations,

tendant au respect des droits d'autrui ou fondées sur les particularités d'une activité commerciale ou d'une profession déterminée. Elles appellent cependant un contrôle attentif de la Cour, laquelle doit mettre en balance les exigences desdites particularités avec la publicité en cause et, à cet effet, considérer la sanction incriminée à la lumière de l'ensemble de l'affaire (*Casado Coca*, arrêt précité, p. 28, § 51).

32. Quant aux circonstances de l'espèce, la Cour estime que les juridictions internes ont d'abord et avant tout fondé leur décision sur l'hypothèse que les deux journaux n'étaient pas de qualité analogue et qu'une comparaison de leur prix serait par conséquent trompeuse. Les tribunaux ont par ailleurs déclaré que les deux journaux étaient concurrents sur le même marché et visaient le même lectorat. La Cour juge ces deux déclarations plutôt contradictoires.

33. En examinant de plus près les répercussions de l'injonction litigieuse pour la société requérante, la Cour observe qu'aucune peine n'a été infligée. Toutefois, la mesure incriminée est relativement lourde de conséquences pour les publicités futures comparatives de prix: la société requérante devra également fournir des informations sur les différences dans sa façon de traiter les sujets dans les domaines de la politique intérieure ou étrangère, de l'économie, de la culture, de la science, de la santé, de l'environnement et du droit. La Cour estime que l'injonction est beaucoup trop large et qu'elle porte atteinte à l'essence même de la possibilité de comparer les prix. En outre, son exécution concrète – bien qu'elle ne soit pas impossible de manière générale – paraît extrêmement difficile pour la société requérante. De surcroît, celle-ci encourt des amendes si elle ne respecte pas l'injonction.

34. La Cour constate que les tribunaux internes ont en l'espèce donné la priorité à la protection de la réputation de l'autre concurrente et au droit des lecteurs à être protégés contre une publicité trompeuse. Toutefois, ayant mis en balance les intérêts concurrents en jeu et eu égard aux conséquences de l'injonction sur les possibilités pour la société requérante de faire de la publicité comparative de prix, la Cour estime que les juridictions autrichiennes ont ici dépassé leur marge d'appréciation et que la mesure litigieuse était disproportionnée et n'était donc pas «nécessaire, dans une société démocratique», au sens de l'article 10 § 2 de la Convention.

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

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

36. 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**

37. La société requérante sollicite au total 1 045 653,17 euros (EUR) pour le dommage matériel résultant de l'injonction. Cette somme comprend 500 000 EUR pour le manque à gagner passé et 500 000 EUR pour le manque à gagner futur que représente la perte de nouveaux abonnés, 13 682,94 EUR pour le remboursement des frais exposés par la partie adverse dans le cadre de la procédure interne et 31 970,23 EUR pour les frais de publication de l'injonction. La société requérante précise que certaines factures ont été adressées à l'éditeur, mais que c'est elle qui les a en fait payées.

38. Le Gouvernement soutient que les demandes pour manque à gagner passé et futur relèvent de la spéculation, étant donné l'absence de lien de causalité entre l'injonction litigieuse et la perte alléguée. S'il accepte en principe la demande relative aux frais versés à la partie adverse, il fait valoir quant à la demande concernant les frais de publication que la société requérante a seulement justifié du paiement de 680,22 EUR.

39. La Cour estime qu'il n'existe aucun lien de causalité entre la violation constatée et les demandes afférentes au manque à gagner allégué. Dès lors, aucune somme ne peut être octroyée de ce chef.

40. Eu égard au lien direct entre l'ordonnance relative aux frais de la partie adverse et à la publication de l'injonction d'une part, et la violation de l'article 10 constatée par la Cour d'autre part, la société requérante aurait en principe droit à une indemnité à ce titre. Toutefois, la Cour note d'abord que seul un des trois volets de l'injonction est en cause (paragraphe 19 ci-dessus), alors que les sommes réclamées par la société requérante ont trait à la procédure interne dans son ensemble (*Unabhängige Initiative Informationsvielfalt c. Autriche*, n° 28525/95, § 54, 26 février 2002). La Cour constate ensuite que la société requérante, qui a été jugée conjointement et solidairement responsable avec l'éditeur, n'a pas prouvé avoir réellement payé les montants réclamés. Dès lors, la Cour lui alloue 680,22 EUR.

### **B. Frais et dépens**

41. La société requérante sollicite 22 059,72 EUR en remboursement des frais et dépens exposés dans la procédure interne et 15 774,78 EUR (sur la base d'un taux horaire de 330 EUR) pour ceux engagés dans le cadre de la procédure suivie sur le terrain de la Convention.

42. D'après le Gouvernement, la demande relative aux frais concernant la procédure interne est excessive par rapport aux frais remboursés à la partie adverse. Il fait valoir en outre que rien ne prouve que la société requérante ait réellement assumé ces frais. Quant à la demande pour la procédure suivie à Strasbourg, le Gouvernement soutient que la somme réclamée est excessive et, appréciant la demande sur la base de la loi relative aux honoraires des avocats (*Rechtsanwalts-tarifgesetz*), estime que seul un montant de 3 346,15 EUR peut éventuellement être réclamé.

43. La Cour examinera les demandes susmentionnées à la lumière des critères qui se dégagent de sa jurisprudence, et recherchera notamment si les frais et dépens ont été réellement et nécessairement exposés afin de prévenir ou redresser le fait jugé constitutif d'une violation de la Convention, et s'ils étaient raisonnables quant à leur taux (voir, par exemple, *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège* [GC], n° 21980/93, § 80, CEDH 1999-III).

44. Bien que la société requérante ait en principe droit à une indemnité pour les frais et dépens afférents à la procédure interne, la Cour observe que la demande a trait à la procédure interne dans son ensemble, alors que dans le cadre de la procédure suivie au titre de la Convention seule une partie de l'injonction est en cause (paragraphe 19 et 40 ci-dessus). A l'instar du Gouvernement, la Cour estime que la société requérante n'a pas prouvé qu'elle a réellement payé les montants réclamés. Par conséquent, aucune indemnité ne peut être allouée de ce chef.

45. Quant aux frais et dépens exposés dans le cadre de la procédure suivie sur le terrain de la Convention, la Cour, eu égard aux sommes octroyées dans des affaires similaires (*Unabhängige Initiative Informationsvielfalt*, arrêt précité, § 55) et statuant en équité, octroie la somme de 6 000 EUR.

### **C. Intérêts ayant couru pendant la procédure devant les juridictions nationales et les organes de la Convention**

46. La société requérante soutient qu'il convient d'appliquer aux sommes susmentionnées, à partir du 1<sup>er</sup> mai 1997, un taux d'intérêt se situant entre 5 et 10,75 % l'an.

47. La Cour estime qu'une perte financière a dû se produire en raison des laps de temps qui se sont écoulés entre le moment où les frais ont été exposés et la décision de la Cour (*Dichand et autres c. Autriche*, n° 29271/95, § 62, 26 février 2002). Statuant en équité, elle alloue à la société requérante 200 EUR de ce chef.

#### **D. Intérêts moratoires**

48. La Cour juge approprié de calquer le taux des intérêts moratoires sur le taux d'intérêt de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne majoré de trois points de pourcentage.

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 société 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. 680,22 EUR (six cent quatre-vingts euros vingt-deux centimes) pour dommage matériel,
    - ii. 6 000 EUR (six mille euros) pour frais et dépens,
    - iii. 200 EUR (deux cents euros) à titre d'intérêts,
    - iv. tout montant pouvant être dû à titre d'impôt sur lesdites sommes;
  - b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage;
3. *Rejette* la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 11 décembre 2003, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Søren NIELSEN  
Greffier adjoint

Christos ROZAKIS  
Président

YANKOV v. BULGARIA  
(*Application no. 39084/97*)

FIRST SECTION

JUDGMENT OF 11 DECEMBER 2003<sup>1</sup>

---

1. English original. Extracts.





SUMMARY<sup>1</sup>**Shaving of detainee's head in conjunction with disciplinary sanction of solitary confinement****Article 3**

*Degrading treatment – Shaving of detainee's head in conjunction with disciplinary sanction of solitary confinement – Change to physical appearance against will – Absence of reasons of hygiene – Absence of legal basis or valid justification – Context of punishment – Age of applicant – Public appearance*

\*  
\*   \*

The applicant was arrested on charges relating to unlawful financial transactions. Whilst he was in pre-trial detention, the prison authorities seized typewritten material in which the applicant described the conditions of his detention and expressed criticism of the judicial and penitentiary systems and certain officials. He was punished by seven days' solitary confinement for having made offensive and defamatory statements. The applicant's hair was shaved off before he was placed in the isolation cell.

*Held*

Article 3: A particular characteristic of the shaving off of a detainee's hair is that it involves a forced change to the person's appearance which is very likely to create a feeling of inferiority. Furthermore, for at least a certain period, the mark is immediately visible to others, including prison staff, co-detainees and visitors, or to the general public, if the prisoner is released or brought into a public place soon thereafter. The forced shaving off of a detainee's hair is in principle an act capable of humiliating and debasing the person. In the present case, the Government had failed to substantiate their assertion that the shaving was a hygienic measure and had offered no other explanation. Consequently, the act had no legal basis or valid justification and, even if it had not been intended to humiliate the applicant, it contained an arbitrary punitive element. Moreover, in the particular case the applicant must have had reasons to believe that the aim had been to humiliate him, given the fact that his hair had been shaved off in the context of a punishment for writing offensive remarks about, among others, prison warders. Additional factors were the applicant's age (55) and the fact that he appeared at a public hearing a few days later. In the circumstances, the shaving off of his hair had amounted to unjustified treatment of sufficient severity to be characterised as degrading within the meaning of Article 3.

*Conclusion:* violation (unanimously).

---

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

**Case-law cited by the Court**

*Raninen v. Finland*, judgment of 16 December 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-VIII

*Valašinas v. Lithuania*, no. 44558/98, ECHR 2001-VIII

*Iwańczuk v. Poland*, no. 25196/94, 15 November 2001

*Van der Ven v. the Netherlands*, no. 50901/99, ECHR 2003-II

**In the case of Yankov v. Bulgaria,**

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

Mr C.L. ROZAKIS, *President*,

Mrs F. TULKENS,

Ms N. VAJIĆ,

Mr E. LEVITS,

Mrs S. BOTOCHAROVA,

Mr A. KOVLER,

Mr V. ZAGREBELSKY, *judges*,

and Mr S. NIELSEN, *Deputy Section Registrar*,

Having deliberated in private on 20 November 2003,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 39084/97) against the Republic of Bulgaria 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 Bulgarian national, Mr Todor Antimov Yankov (“the applicant”), on 5 September 1997.

2. The applicant was represented by Mr M. Ekimdjiev, a lawyer practising in Plovdiv. The Bulgarian Government (“the Government”) were represented by their Agents, Mrs G. Samaras and Mrs M. Dimova, of the Ministry of Justice.

3. The applicant alleged, *inter alia*, that there had been a violation of Article 3 of the Convention in that his hair had been shaved off and he had been detained for seven days in an isolation cell in poor conditions, that there had also been an unjustified interference with his freedom of expression as he had been punished for writing statements critical of the authorities, that there had been violations of his rights under Article 5 of the Convention and that the criminal proceedings against him had been too lengthy.

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. On 11 May 2000 the Court (Fourth Section) declared the application partly inadmissible.

6. On 1 November 2001 the Court changed the composition of its Sections (Rule 25 § 1 of the Rules of Court). This case was assigned to the newly composed First Section (Rule 52 § 1). Within that Section, the

Chamber that would consider the case (Article 27 § 1 of the Convention) was constituted as provided in Rule 26 § 1.

7. By a decision of 12 September 2002, the Chamber declared the remainder of the application admissible.

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 Bulgarian national who was born in 1943 and lives in Plovdiv.

#### A. The criminal proceedings against the applicant

##### 1. *The preliminary investigation*

10. The applicant was the executive director of an agricultural investment fund and a financial company. He also used to teach economics, in which he holds a doctorate.

11. On 11 March 1996 a preliminary investigation (no. 300/96) was opened by the Plovdiv district public prosecutor against the applicant and other persons in respect of a number of financial transactions. The applicant was charged under Article 282 §§ 2 and 3 of the Criminal Code with dereliction of his professional duties with a view to obtaining an unlawful gain for himself and others.

...

##### 2. *The trial*

...

22. On 30 October 1998 the Plovdiv District Court found the applicant guilty of ordering money transfers abroad in breach of the relevant financial regulations. The transfers had been ordered without proof of a lawful purpose and on behalf of clients of the applicant's financial company whom he had not fully identified. The applicant was also found guilty of issuing a power of attorney conferring wide-ranging powers to another person in breach of his duties as the manager of the financial company. The applicant was acquitted on the remainder of the charges against him and sentenced to five years' imprisonment.

...

## **B. The applicant's detention**

...

31. On 12 March 1996 the applicant was arrested and detained pending trial in connection with investigation no. 300/96 by decision of an investigator, confirmed by a prosecutor.

...

64. On 9 July 1998 the District Court held a hearing and decided to release the applicant on bail on health grounds. The applicant lodged a security and was released on 10 July 1998.

## **C. The punishment of the applicant by confinement in an isolation cell and the shaving off of his hair in March 1998**

65. On 10 March 1998, during a search of the applicant before a meeting with his lawyers, the prison authorities seized typewritten material. According to the applicant, it was the draft of a book he had been writing, describing events concerning his detention and the criminal proceedings against him. He had intended to read some passages to his lawyers. According to the prison officer who seized the material, the applicant had intended to pass it on to his lawyers.

66. The Government has submitted several pages of the seized material. It transpires that the manuscript was in rough form and was not ready for publication. The relevant passages read as follows:

“The charges against me did not contain any facts or evidence indicating any criminal intention on my part or an offence committed by me ... I can only regard the acts of the authorities against me as unjustified and unlawful ...

The ... door clicked open ... we stood up, hands behind our backs and backs to the warders: they were afraid that we might attack them, with our plastic cups ... I never understood why these well-fed idlers were afraid, as there were always two or three of them present when the food was distributed ... I used to eat only two or three crusts of bread and as many spoonfuls of the slops they called soup. We used to hear how they diluted the soup ... How painful it was to look into the eyes of a hungry fellow prisoner ... to see how human beings are turned into beasts ... It is true that the economic situation in Bulgaria was difficult ... But giving so little and such bad food to detained people was inhuman ... even more so when we smelt the aroma of roasted or fried meat coming from the warders' quarters. This is sadism ...

It was very difficult when they prohibited meetings with relatives and friends. That was not done everywhere: in Plovdiv magistrates had decided to break the record for the inhuman treatment of detainees ...

[In the beginning] I did not know and had never imagined what the investigative and judicial organs of democratic Bulgaria were like. For a long time I hoped that there had been a misunderstanding ...

The search [in the flat] was conducted by a police officer [B.] His inexperience was betrayed by his behaviour; he was a provincial upstart ...

Could I have imagined, when I worked fifteen to sixteen hours per day ... that the time would come when everything that I had done ... would be swept aside ... by several powerful unscrupulous people, 'servants of law and order'?

Toilet time is one and a half to two minutes ... If someone stays longer, there follows shouting, cursing, banging on the door, truncheon blows ... You can't believe that? Well, I did not believe that such living conditions could exist in this country either ...

The warders, most of whom are simple villagers and are paid ... better than teachers, doctors and engineers, 'work' twenty-four hours and then have a seventy-two-hour rest ... They are the authority in prison, they are everything, we depend on them. It is true that there are younger and more intelligent ones, but they are a minority ...

Whenever we complained about all these disgraceful matters, nothing was done ... Twice there were inspections ..., all the officers were running here and there, it was necessary to clean, to make the detention centre look better; they were afraid of complaints by prisoners. But the inspectors came, made a cursory visit and went away."

67. On 10 March 1998, having heard the applicant and the prison officers involved, the governor of Plovdiv Prison issued Order no. 99, which read as follows:

"In accordance with section 76(k) of the Execution of Sentences Act, the detainee Todor Yankov shall be punished by seven days' confinement in an isolation cell ... for having made offensive and defamatory statements against officers, investigators, judges, prosecutors and State institutions."

68. The order was not served on the applicant. It was enforced immediately.

69. It appears that before his transfer to the disciplinary isolation cell, the applicant was examined by a doctor.

70. His hair was also shaved off prior to the transfer.

71. According to the applicant, the isolation cell had no toilet and he had to use a bucket which was not emptied regularly. Hygiene was poor and there was insufficient light.

72. On an unspecified date the applicant's lawyers, having learned about the punishment, telephoned the Director General of Prisons and Detention Facilities, in whom appropriate powers are vested to examine appeals against solitary confinement.

73. On 17 March 1998 the applicant left the isolation cell.

74. On 19 March 1998 he appeared at an open hearing of the District Court. The fact that his head had been shaved nine days earlier was noticeable.

75. On 20 March 1998 the applicant's lawyers made a complaint against the prison governor to the Deputy Minister of Justice. They conveyed, *inter alia*, the applicant's concern that the prison governor had repeatedly demonstrated personal hostility towards him and had acted unlawfully.

76. On 29 April 1998 the Deputy Minister of Justice replied to the applicant's lawyers. She stated, *inter alia*:

"An inquiry was conducted in connection with your appeal against the allegedly unlawful acts of the [prison governor]... By Order no. 99 of 10 March 1998 ... the accused Yankov was sentenced to seven days' confinement in an isolation cell. This disciplinary measure was imposed because the papers seized contained expressions and descriptions which were offensive to the Ministry of the Interior's employees, the investigation bodies, the judiciary, the prosecution, the prison authorities and State bodies and institutions (section 46 of the Regulations). He was not punished because he had written the papers in question and wanted to take them out from the prison, which is, indeed, his right. The papers were given back to him.

The accused suffers from thrombophlebitis, a chronic disease. He has been constantly supervised and treated in prison. He has been sent for outside treatment twice, and will be sent again if the need arises."

## II. [RELEVANT MATERIAL]

...

### **E. Comments of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) on the forced shaving of prisoners' heads**

98. In its report on the visit to the former Yugoslav Republic of Macedonia in 1998, published on 11 October 2001, the CPT noted that:

"... the CPT wishes to draw attention to ... practices observed by its delegation ... [in one prison]. The first was the shaving of the heads of newly arrived residents and of those who had been returned to the institution after escapes. Senior staff at that establishment accepted that such a procedure has no medical justification and could be considered degrading ...

The CPT recommends that the authorities of 'the former Yugoslav Republic of Macedonia' put an end to these practices."

## THE LAW

### I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 3 OF THE CONVENTION

99. The applicant complained under Article 3 of the Convention that his hair had been shaved off and that he had been placed in an isolation cell for seven days.

100. Article 3 of the Convention provides:

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

### A. The parties' submissions

101. The applicant stated that the shaving of his head had been a barbaric act lacking any legal basis. The measure had not been necessary for hygienic reasons as there had been no allegation that a vermin problem existed in the detention centre at the relevant time. Given his age (55 years old at the time) and his level of education (degree and doctorate), the humiliation suffered had been particularly intense. Although no one had been present when his head was shaved, the result had remained visible for a long time. The applicant further stated that the conditions in the isolation cell had been inhuman, particularly for a person who suffered from a serious chronic disease.

102. The Government stated that the shaving of the applicant's head had been a hygienic measure against parasites and had not been intended to humiliate him. In particular, it had not taken place in front of other detainees.

### B. The Court's assessment

...

108. The Court notes that the applicant's hair was shaved off before his placement in an isolation cell (see paragraph 70 above).

109. The Court has not had occasion to rule on whether or not the forced shaving of a prisoner's head may constitute degrading treatment contrary to Article 3 of the Convention.

110. In respect of other acts affecting the dignity of detainees, the Court has held that, whilst strip-searches may be necessary on occasion to ensure prison security or prevent disorder or crime, they must be conducted in an appropriate manner and must be justified. Even single occasions of strip-searching have been found to amount to degrading treatment in view of the manner in which the strip-search was carried out, the possibility that its aim was to humiliate and debase and the lack of justification for it (see *Valašinas v. Lithuania*, no. 44558/98, § 117, ECHR 2001-VIII, and *Iwańczuk v. Poland*, no. 25196/94, § 59, 15 November 2001). In *Van der Ven v. the Netherlands* (no. 50901/99, ECHR 2003-II), the Court found that strip-searches, albeit carried out in a "normal" manner, had a degrading effect and violated Article 3 of the Convention as they were performed systematically on a weekly basis as a matter of routine which lacked clear justification in the particular case of the applicant.

111. On the other hand, the Court has also held that handcuffing does not normally give rise to an issue under Article 3 of the Convention where the measure was imposed in connection with lawful arrest or detention and did not entail the use of force or public exposure exceeding what was reasonably considered necessary in the circumstances. In *Raninen v. Finland*



(judgment of 16 December 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-VIII), where handcuffing was not made necessary by the detainee's own conduct and there was a short public exposure, the minimum threshold of severity under Article 3 of the Convention was not reached as the police officer had acted in the belief that he had complied with the relevant regulations; there was therefore no intention to humiliate and it had not been shown that the applicant had been adversely affected.

112. A particular characteristic of the treatment complained of, the forced shaving off of a prisoner's hair, is that it consists of a forced change to the person's appearance. The person undergoing that treatment is very likely to experience a feeling of inferiority as his physical appearance is changed against his will.

113. Furthermore, for at least a certain period of time, a prisoner whose hair has been shaved off carries a mark of the treatment he has undergone. The mark is immediately visible to others, including prison staff, co-detainees and visitors, or to the general public, if the prisoner is released or brought into a public place soon thereafter. The person concerned is very likely to feel a loss of dignity due to the fact that he carries a visible physical mark.

114. The Court thus considers that the forced shaving off of detainees' hair is in principle an act which may have the effect of diminishing their human dignity or may provoke feelings of inferiority capable of humiliating and debasing them. Whether or not the minimum threshold of severity is reached, and, consequently, whether or not the treatment complained of constitutes degrading treatment contrary to Article 3 of the Convention, will depend on the particular facts of the case, including the victim's personal circumstances, the context in which the impugned act was carried out and its aim.

115. The Court rejects as unsubstantiated the Government's allegation that the applicant's hair was shaved off as a hygienic measure. It has not been alleged that a problem of infestation existed in the detention facility. It is also unclear why the hygienic requirements for entry into the isolation cell would differ from those concerning other cells in the same detention facility.

116. The Government have not offered any other explanation. Therefore, even assuming that there was a practice of shaving the heads of prisoners punished by confinement in an isolation cell (see paragraph 98 above, concerning the practice noted by the CPT in one prison in the former Yugoslav Republic of Macedonia), the act complained of had no legal basis and valid justification.

117. The Court thus considers that, even if it was not intended to humiliate, the removal of the applicant's hair without specific justification contained in itself an arbitrary punitive element and was therefore likely to appear in his eyes to be aimed at debasing and/or subduing him.

118. Furthermore, in the particular circumstances of the case the applicant must have had reason to believe that the aim had been to humiliate him, given the fact that his hair was shaved off by the prison authorities in the context of a punishment imposed on him for writing critical and offensive remarks about prison warders, among others (see paragraphs 65-76 above).

119. Additional factors to be taken into consideration in the present case are the applicant's age – 55 at the relevant time – and the fact that he appeared at a public hearing nine days after his hair had been shaved off (see paragraphs 9 and 74 above).

120. Having regard to the foregoing, the Court considers that, in the particular circumstances of the present case, the shaving of the applicant's head in the context of his punishment by confinement in an isolation cell for writing critical and offensive remarks about prison warders and State bodies, constituted an unjustified treatment of sufficient severity to be characterised as degrading within the meaning of Article 3 of the Convention.

121. It follows that there has been a violation of Article 3 of the Convention on account of the forced shaving of the applicant's hair.

122. Since insufficient details were provided by the applicant about the conditions of his detention in the isolation cell, and in view of its finding above, the Court does not consider it necessary to examine the remaining issues initially raised by the applicant under Article 3 of the Convention.

...

#### FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

1. *Holds* that there has been a violation of Article 3 of the Convention;

...

Done in English, and notified in writing on 11 December 2003, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Søren NIELSEN  
Deputy Registrar

Christos ROZAKIS  
President

YANKOV c. BULGARIE  
(*Requête n° 39084/97*)

PREMIÈRE SECTION

ARRÊT DU 11 DÉCEMBRE 2003<sup>1</sup>

---

1. Traduction ; original anglais. Extraits.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Rasage forcé du crâne d'un détenu à l'occasion d'une sanction disciplinaire de placement en isolement cellulaire****Article 3**

*Traitement dégradant – Rasage forcé du crâne d'un détenu à l'occasion d'une sanction disciplinaire de placement en isolement cellulaire – Modification de l'apparence physique d'une personne contre son gré – Absence de motifs liés à des considérations d'hygiène – Défaut de base légale ou de justification valable – Contexte de la sanction – Age du requérant – Apparition en public*

\*  
\* \*

Le requérant fut arrêté car il était soupçonné d'avoir effectué des transactions financières illégales. Les autorités de la prison où il fut placé en détention provisoire lui confisquèrent un manuscrit dactylographié dans lequel il décrivait ses conditions d'incarcération et critiquait les systèmes pénitentiaire et judiciaire ainsi que certains fonctionnaires. Reconnu coupable d'avoir formulé des déclarations insultantes et diffamatoires, il se vit infliger une sanction disciplinaire de sept jours d'isolement cellulaire. On lui rasa le crâne avant son transfert en cellule d'isolement.

Article 3: l'acte de raser le crâne d'un détenu a ceci de particulier qu'il induit pour l'intéressé une modification forcée de son apparence physique suscitant très vraisemblablement chez lui un sentiment d'infériorité. En outre, la marque de pareil traitement reste visible pendant un certain temps et apparaît immédiatement à autrui, notamment au personnel pénitentiaire, aux codétenus et aux visiteurs, ou encore au public si le prisonnier est libéré ou emmené dans un lieu public peu de temps après. Le rasage de force du crâne d'un détenu constitue, en principe, un acte qui peut avoir pour effet d'humilier et d'avilir l'intéressé. En l'espèce, le Gouvernement n'a pas étayé son assertion selon laquelle le fait d'avoir rasé le crâne du requérant se fondait sur des considérations d'hygiène et n'a avancé aucune autre explication. Il s'ensuit que pareil traitement, dénué de base légale et de justification valable, était arbitraire et revêtait un caractère punitif même si l'intention n'était pas d'humilier le requérant. D'ailleurs, compte tenu des circonstances de la cause, l'intéressé avait des raisons de croire que l'intention était de l'humilier dans la mesure où on lui a rasé le crâne à l'occasion d'une punition qui lui avait été infligée pour avoir écrit des remarques insultantes, notamment sur des surveillants. Il y a également lieu de prendre en compte l'âge du requérant (cinquante-cinq ans) et le fait qu'il ait comparu à une audience

---

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

public que quelques jours après avoir subi le traitement critiqué. Dès lors, le fait d'avoir rasé le crâne de l'intéressé constitue un traitement injustifié d'une gravité suffisante pour être qualifié de dégradant au sens de l'article 3.

*Conclusion* : violation (unanimité).

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

*Raninen c. Finlande*, arrêt du 16 décembre 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VIII

*Valašinas c. Lituanie*, n° 44558/98, CEDH 2001-VIII

*Iwańczuk c. Pologne*, n° 25196/94, 15 novembre 2001

*Van der Ven c. Pays-Bas*, n° 50901/99, CEDH 2003-II

**En l'affaire Yankov c. Bulgarie,**

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

M. C.L. ROZAKIS, *président*,

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

N. VAJIĆ,

M. E. LEVITS,

M<sup>me</sup> S. BOTOCHAROVA,

MM. A. KOVLER,

V. ZAGREBELSKY, *juges*,

et de M. S. NIELSEN, *greffier adjoint de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 20 novembre 2003,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 39084/97) dirigée contre la République de Bulgarie et dont un ressortissant de cet Etat, M. Todor Antimov Yankov («le requérant»), avait saisi la Commission européenne des Droits de l'Homme («la Commission») le 5 septembre 1997 en vertu de l'ancien article 25 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales («la Convention»).

2. Le requérant était représenté par M<sup>e</sup> M. Ekimdjiev, avocat au barreau de Plovdiv. Le gouvernement bulgare («le Gouvernement») était représenté par ses agentes, M<sup>me</sup> G. Samaras et M<sup>me</sup> M. Dimova, du ministère de la Justice.

3. Le requérant se plaignait notamment, sous l'angle de l'article 3 de la Convention, de s'être fait raser le crâne et d'avoir subi sept jours d'isolement cellulaire dans de mauvaises conditions de détention. Il voyait en outre dans la punition qui lui avait été infligée pour avoir consigné par écrit des remarques critiques envers les autorités une ingérence dans son droit à la liberté d'expression. Il alléguait enfin que ses droits au titre de l'article 5 de la Convention avaient été violés et que la durée de la procédure pénale dirigée contre lui était excessive.

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. Par une décision du 11 mai 2000, la Cour (quatrième section) a déclaré la requête partiellement irrecevable.

6. 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 été attribuée à la première section telle que remaniée (article 52 § 1 du règlement). Au sein de celle-ci, la chambre chargée d'examiner l'affaire

(article 27 § 1 de la Convention) a été constituée conformément à l'article 26 § 1 du règlement.

7. Par une décision du 12 septembre 2002, la chambre a déclaré la requête recevable pour le surplus.

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

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

9. Le requérant est un ressortissant bulgare né en 1943 et résidant à Plovdiv.

#### A. La procédure pénale dirigée contre le requérant

##### 1. *L'enquête préliminaire*

10. Le requérant était directeur général d'un fonds d'investissement agricole et d'une société financière. Il était également professeur d'économie et est titulaire d'un doctorat dans cette discipline.

11. Le 11 mars 1996, le procureur du district de Plovdiv ouvrit à l'encontre du requérant et d'autres personnes une enquête préliminaire (n° 300/96) portant sur un certain nombre d'opérations financières. L'intéressé fut inculqué de manquement à ses obligations professionnelles en vue de l'obtention d'un avantage illégal à son profit ou à celui d'autrui, infraction prévue à l'article 282 §§ 2 et 3 du code pénal.

(...)

##### 2. *Le procès*

(...)

22. Le 30 octobre 1998, le tribunal de district de Plovdiv jugea le requérant coupable d'avoir ordonné des transferts de fonds à l'étranger en violation de la réglementation financière applicable. Les transferts en question avaient été effectués d'une part sans que M. Yankov eût justifié de la licéité de leur affectation et d'autre part pour le compte de clients de la société financière de l'intéressé que ce dernier n'avait pas pleinement identifiés. Le requérant fut en outre reconnu coupable d'avoir établi une procuration conférant des pouvoirs étendus à un tiers, au mépris des obligations auxquelles il était tenu en qualité de dirigeant de la société financière. Relâché des autres chefs d'inculpation, il fut condamné à cinq ans d'emprisonnement.

(...)



## B. La détention du requérant

(...)

31. Le 12 mars 1996, le requérant fut arrêté et placé en détention provisoire dans le cadre d'une enquête portant le numéro 300/96, sur décision d'un magistrat instructeur entérinée par un procureur.

(...)

64. Le 9 juillet 1998, le tribunal de district tint une audience à l'issue de laquelle il décida de libérer le requérant sous caution pour des raisons de santé. L'intéressé fut relâché le 10 juillet 1998, après avoir versé une caution.

## C. Les sanctions prises contre le requérant en mars 1998: placement en isolement cellulaire et rasage du crâne

65. Le 10 mars 1998, alors que le requérant subissait une fouille avant une rencontre avec ses avocats, les autorités pénitentiaires lui confisquèrent un document dactylographié. Il s'agissait, selon l'intéressé, de l'ébauche d'un livre où il décrivait des moments de sa vie de détenu ainsi que la procédure pénale dirigée contre lui, et dont il avait l'intention de lire des passages à ses avocats. L'agent de l'administration pénitentiaire ayant procédé à la saisie du manuscrit a affirmé que le requérant comptait le remettre à ses avocats.

66. Le Gouvernement a produit plusieurs pages de ce document. Il s'avère qu'il s'agissait d'un premier jet qui n'était pas prêt pour publication. Ses passages pertinents se lisent ainsi :

«Les accusations dont j'ai fait l'objet ne s'appuyaient sur aucune circonstance matérielle ni sur aucune preuve dénotant chez moi une quelconque intention criminelle ou démontrant que j'eusse commis une infraction (...) Le comportement des autorités à mon égard ne peut que m'apparaître injustifié et illégal (...)

La (...) porte s'ouvrait avec un dé clic (...) nous nous levions, les mains derrière le dos, tournant le dos aux gardiens: ils avaient peur que nous les attaquions avec nos tasses en plastique (...). Je n'ai jamais compris ce que craignaient ces fainéants bien nourris qui se regroupaient toujours par deux ou trois lorsqu'on nous distribuait la nourriture (...). Je ne mangeais que deux ou trois croûtons de pain et autant de cuillerées de cette eau sale qu'ils appelaient de la soupe. Nous les entendions la diluer (...) Qu'il était pénible de croiser le regard d'un codétenu affamé (...) de voir comment on transformait des hommes en bêtes (...) Il est vrai que la situation économique de la Bulgarie était difficile (...) Mais il était inhumain d'alimenter si peu et si mal les détenus (...) alors que des odeurs de viande rôtie ou frite nous parvenaient du quartier des surveillants. C'est du sadisme (...)

C'est devenu très difficile quand ils ont interdit les visites des parents et des amis. Cela n'a pas été fait partout, mais les magistrats de Plovdiv avaient décidé de battre le record d'inhumanité dans le traitement des prisonniers (...)

[Au départ], je ne savais pas et n'avais jamais imaginé ce que pouvaient être les autorités d'instruction et de jugement de la Bulgarie démocratique. Pendant longtemps, j'ai espéré qu'il y avait un malentendu (...)

La perquisition [dans l'appartement] était dirigée par un policier [B.] dont le comportement trahissait le manque d'expérience; c'était un parvenu de province (...)

Pouvais-je imaginer, quand je travaillais quinze à seize heures par jour (...) qu'un jour viendrait où tout ce que j'avais fait (...) serait balayé (...) par certains individus puissants et sans scrupules «au service de la loi et de l'ordre»?

Nous avons une minute et demie à deux minutes pour utiliser les toilettes (...) Que l'un de nous dépasse le temps imparti et les cris et injures fusent, les coups pleuvent sur la porte et les matraques s'abattent (...) Vous n'y croyez pas? Eh bien! je ne pensais pas non plus que de telles conditions de vie pouvaient exister dans ce pays (...)

Les surveillants – pour la plupart de simples villageois mieux payés (...) que des enseignants, des médecins ou des ingénieurs – ont droit à soixante-douze heures de repos après vingt-quatre heures de «travail» (...) Ils représentent l'autorité en prison, ils sont tout, nous dépendons d'eux. Il est vrai que certains d'entre eux sont des jeunes gens intelligents, mais ils sont une minorité (...)

Nos protestations contre ces conditions scandaleuses n'ont jamais été suivies d'effet (...) Il y a eu deux inspections (...) les agents pénitentiaires couraient partout, il fallait nettoyer, donner meilleur aspect à la prison; ils craignaient les plaintes des détenus. Mais les inspecteurs sont arrivés, ont fait une visite superficielle et sont repartis.»

67. Le 10 mars 1998, après avoir entendu le requérant et les agents pénitentiaires concernés, le directeur de la prison de Plovdiv prit la décision n° 99, ainsi libellée :

«En application de l'article 76 k) de la loi sur l'exécution des peines, le prisonnier Todor Yankov est puni de sept jours de détention en cellule d'isolement (...) pour avoir émis des remarques injurieuses et diffamatoires à l'égard de fonctionnaires, magistrats instructeurs, juges, procureurs et autorités de l'Etat.»

68. Cette décision fut appliquée le jour même, sans avoir été notifiée à l'intéressé.

69. Il semble que le requérant ait été examiné par un médecin avant d'être transféré dans une cellule d'isolement disciplinaire.

70. On lui rase également le crâne avant son transfert.

71. Le requérant indique qu'il n'y avait pas de toilettes dans sa cellule d'isolement, ce qui le contraignait à utiliser un seau qui n'était pas vidé régulièrement, que l'hygiène y était mauvaise et la lumière insuffisante.

72. Ayant appris que leur client avait été puni, les avocats du requérant téléphonèrent à une date non précisée au directeur général des établissements pénitentiaires et des centres de détention, autorité compétente pour examiner les recours formés contre les décisions prises en matière d'isolement cellulaire.

73. Le 17 mars 1998, le requérant quitta sa cellule d'isolement.

74. Le 19 mars 1998, il comparut en audience publique devant le tribunal de district. Le fait qu'on lui avait rasé le crâne neuf jours auparavant était visible.

75. Le 20 mars 1998, ses avocats se plainquirent du directeur de la prison auprès de la secrétaire d'Etat à la Justice. Ils lui firent notamment part des inquiétudes que leur client avait exprimées au sujet de l'animosité personnelle que lui avait manifestée à plusieurs reprises le directeur de la prison et des actes illégaux que ce dernier avait commis.

76. La réponse que leur adressa la secrétaire d'Etat à la Justice le 29 avril 1998 comportait notamment le passage suivant :

«Le recours que vous avez formé contre les actes prétendument illégaux du [directeur de la prison] a donné lieu à une enquête. En vertu de la décision n° 99 en date du 10 mars 1998 (...) le prévenu dénommé Yankov a été condamné à sept jours d'isolement cellulaire. Cette sanction disciplinaire lui a été infligée parce que le manuscrit qui lui a été confisqué contenait des termes et des descriptions insultants envers les agents du ministère de l'Intérieur, les autorités d'instruction, le pouvoir judiciaire, le ministère public, les autorités pénitentiaires, les organes et les institutions de l'Etat (article 46 du règlement). Ce n'est pas le fait d'avoir rédigé ce manuscrit qui a motivé la sanction infligée à M. Yankov, ni son intention de le faire sortir de la prison, comme il en avait effectivement le droit. Son manuscrit lui a été rendu.

Le prévenu souffre de thrombophlébite, une maladie chronique. Il a bénéficié en prison d'un suivi médical et de soins constants. Il en a été extrait à deux reprises pour être soigné en milieu libre et le sera à nouveau si cela se révèle nécessaire.»

## II. [L'EXTE PERTINENT]

(...)

### **E. Observations du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) sur la pratique consistant à raser de force le crâne des détenus**

98. Dans un rapport publié le 11 octobre 2001 sur la visite effectuée en 1998 dans l'«ex-République yougoslave de Macédoine», le CPT a indiqué que :

«(...) le CPT souhaite appeler l'attention sur (...) pratiques observées par sa délégation (...) [dans un établissement pénitentiaire]. La première consistait à raser la tête des nouveaux pensionnaires et de ceux qui avaient été ramenés à l'institution après s'en être évadés. Des responsables de cet établissement ont reconnu qu'une telle mesure n'avait aucune justification médicale et pouvait être considérée comme dégradante (...)

Le CPT recommande que les autorités de l'«ex-République yougoslave de Macédoine» mettent fin à ces pratiques.» (Traduction non officielle)

## EN DROIT

### I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 3 DE LA CONVENTION

99. Sur le terrain de l'article 3 de la Convention, le requérant dénonce le fait qu'on lui ait rasé le crâne ainsi que son incarcération pendant sept jours en cellule d'isolement.

100. L'article 3 de la Convention énonce :

«Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.»

#### A. Arguments des parties

101. Le requérant voit dans le fait qu'on lui ait rasé le crâne un acte barbare dénué de toute base légale. Aucun problème de contamination parasitaire du centre de détention n'ayant été invoqué à l'époque pertinente, pareil traitement ne se justifiait nullement par des considérations d'hygiène. L'humiliation que l'intéressé a ressentie, compte tenu de son âge – alors cinquante-cinq ans – et de sa qualité de diplômé de l'enseignement supérieur titulaire d'un doctorat, a été particulièrement vive. Si personne n'était présent au moment où on lui a rasé le crâne, la marque de ce traitement est restée visible longtemps après qu'il a été infligé. Le requérant dénonce par ailleurs les conditions inhumaines de sa détention en cellule d'isolement, qui l'affectaient d'autant plus qu'il était atteint d'une grave maladie chronique.

102. Le Gouvernement soutient que le fait de raser le crâne du requérant était une mesure prophylactique de lutte contre les parasites et ne visait pas à humilier l'intéressé. Il souligne à cet égard qu'aucun codétenu n'était présent à ce moment.

#### B. Appréciation de la Cour

(...)

108. La Cour relève que le requérant a eu le crâne rasé avant d'être placé en cellule d'isolement (paragraphe 70 ci-dessus).

109. Elle n'a pas encore eu l'occasion de statuer sur le point de savoir si le fait de raser de force le crâne d'un détenu pouvait s'analyser en un traitement dégradant proscrit par l'article 3 de la Convention.

110. S'agissant d'autres types de traitements ayant des répercussions sur la dignité des détenus, la Cour a précédemment jugé que si les fouilles à corps pouvaient s'avérer parfois nécessaires pour assurer la sécurité dans une prison, défendre l'ordre ou prévenir des infractions pénales,

elles devaient être menées selon les modalités adéquates et devaient être justifiées. La Cour a estimé que, même isolée, une fouille corporelle pouvait s'analyser en un traitement dégradant eu égard à la manière dont elle était pratiquée, aux objectifs d'humiliation et d'avalissement qu'elle pouvait poursuivre et à son caractère injustifié (*Valašinas c. Lituanie*, n° 44558/98, § 117, CEDH 2001-VIII; *Iwańczuk c. Pologne*, n° 25196/94, § 59, 15 novembre 2001). Dans l'affaire *Van der Ven c. Pays-Bas* (n° 50901/99, CEDH 2003-II), la Cour a dit que la pratique de la fouille corporelle, même selon des modalités « normales », avait un effet dégradant et s'analysait en une violation de l'article 3 de la Convention dès lors qu'elle avait lieu chaque semaine, de manière systématique, routinière et sans justification précise tenant au comportement du requérant.

111. A l'inverse, la Cour a trouvé que le port des menottes ne posait normalement pas de problème au regard de l'article 3 de la Convention lorsqu'il était lié à une arrestation ou une détention légales et n'entraînait pas l'usage de la force, ni d'exposition publique, au-delà de ce qui était raisonnablement considéré comme nécessaire dans les circonstances de l'espèce. Dans l'affaire *Raninen c. Finlande* (arrêt du 16 décembre 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VIII) la Cour a dit, dans des circonstances où l'usage des menottes n'était pourtant pas une mesure que nécessitait le comportement du requérant et où une brève publicité avait été donnée à pareil traitement, que le seuil de gravité requis pour que celui-ci tombât sous le coup de l'article 3 de la Convention n'avait pas été atteint, le policier en cause ayant agi en croyant se conformer aux instructions applicables en la matière et par conséquent sans intention d'humilier le requérant, lequel n'avait par ailleurs pas prouvé que cette mesure lui eût nui.

112. Le traitement dénoncé en l'espèce par le requérant – le fait qu'on lui ait rasé le crâne de force – a ceci de particulier qu'il a pour effet de modifier l'apparence d'un individu contre son gré en le privant de ses cheveux. Une personne subissant pareil traitement ressent très vraisemblablement un sentiment d'infériorité lié au changement de son aspect physique contre sa volonté.

113. En outre, un détenu dont le crâne a été rasé porte pendant un certain temps la trace visible du traitement qui lui a été infligé. Celle-ci apparaît immédiatement à autrui, notamment au personnel de la prison, aux codétenus et aux visiteurs, ou encore au public si le détenu est libéré ou emmené dans un lieu public peu de temps après. L'intéressé ressent très vraisemblablement comme une atteinte à sa dignité d'avoir à exposer pareille marque.

114. Aussi la Cour estime-t-elle que le fait de raser de force le crâne d'un détenu constitue, en principe, un acte qui peut avoir pour effet de porter atteinte à la dignité humaine de l'intéressé et de lui inspirer des sentiments d'infériorité de nature à l'humilier et à l'avilir. Le point de

savoir si le traitement dénoncé atteint ou non le seuil de gravité requis par l'article 3 de la Convention et, par conséquent, s'il s'analyse ou non en un traitement dégradant interdit par cette disposition dépend des circonstances de la cause, et notamment de la situation personnelle de la victime ainsi que du contexte et du but dans lesquels le traitement critiqué a été pratiqué.

115. La Cour rejette comme infondée l'affirmation du Gouvernement selon laquelle le fait d'avoir rasé le crâne du requérant était une mesure d'hygiène. L'existence d'un problème de contamination parasitaire dans le centre de détention concerné n'a pas été alléguée et l'on ne voit guère pourquoi les normes d'hygiène applicables au placement des détenus en quartier d'isolement seraient différentes de celles qui valent pour leur incarcération dans les autres parties de la même prison.

116. Le Gouvernement ne fournit aucune autre explication à ce sujet. En conséquence, même si l'on admet l'existence d'un usage consistant à raser le crâne des détenus sous le coup d'une punition d'isolement cellulaire (voir le paragraphe 98 ci-dessus qui indique qu'une délégation du CPT a observé pareille pratique dans une prison de l'«ex-République yougoslave de Macédoine»), force est de constater que le traitement dénoncé est dénué de base légale et de justification valable.

117. La Cour estime donc que, même si l'intention n'était pas d'humilier le requérant, le fait de l'avoir privé de ses cheveux sans justification précise revêtait en soi un caractère punitif arbitraire et était donc de nature à donner à l'intéressé le sentiment que pareille mesure visait à l'avilir et/ou à l'intimider.

118. En outre, étant donné les circonstances de l'espèce, le requérant avait des raisons de croire que l'intention était de l'humilier puisque les agents pénitentiaires lui ont rasé le crâne à l'occasion d'une punition qui lui avait été infligée pour avoir écrit des remarques critiques et insultantes, notamment sur des surveillants (voir ci-dessus les paragraphes 65-76).

119. Il y a lieu de prendre en compte d'autres éléments de la cause, tels que l'âge du requérant – cinquante-cinq ans à l'époque des faits – et sa comparution à une audience publique neuf jours après qu'on lui eut rasé le crâne (paragraphes 9 et 74 ci-dessus).

120. Au vu de ce qui précède et eu égard aux circonstances de l'espèce, la Cour estime que le fait d'avoir rasé le crâne de l'intéressé à l'occasion d'une punition d'isolement cellulaire qui lui avait été infligée pour avoir écrit des remarques critiques et insultantes sur des surveillants et des autorités de l'État constitue un traitement injustifié d'une gravité suffisante pour être qualifié de dégradant au sens de l'article 3 de la Convention.

121. Il s'ensuit que le fait d'avoir rasé le crâne du requérant contre son gré a emporté violation de l'article 3 de la Convention.

122. Compte tenu de l'imprécision des informations fournies par le requérant quant aux conditions de sa détention en isolement cellulaire et des conclusions auxquelles elle est parvenue et qu'elle a exposées ci-dessus, la Cour ne juge pas nécessaire d'examiner les autres griefs initialement soulevés par l'intéressé sous l'angle de l'article 3 de la Convention.

(...)

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

1. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 3 de la Convention;

(...)

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 11 décembre 2003, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Søren NIELSEN  
Greffier adjoint

Christos ROZAKIS  
Président





COOPER v. THE UNITED KINGDOM  
*(Application no. 48843/99)*

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 16 DECEMBER 2003



SUMMARY<sup>1</sup>**Independence and impartiality of court-martial****Article 6 § 1**

*Independent tribunal – Impartial tribunal – Criminal proceedings – Independence and impartiality of court-martial – Determination of criminal charges by military tribunals – Separation of prosecution, convening and adjudicating roles – Role of legally qualified civilian judge advocate – Role of permanent president of courts-martial – Security of tenure – Lack of legal qualification of members of court-martial – Scope of appraisal reports on members of court-martial – Safeguards against outside pressure being brought to bear on members of court-martial – Role of non-judicial authority in reviewing verdict of court-martial – Role of Courts-Martial Appeal Court*

\*  
\*   \*

The applicant, who was a member of the Royal Air Force (RAF), was convicted of theft by a district court-martial. The court was composed of a permanent president, two officers of lower rank and a judge advocate. The president and the two other officers were not legally qualified but received briefing notes including detailed instructions on how to conduct themselves. As air-force officers, they remained subject to appraisal reports by their hierarchical superiors, but such reports did not refer to their judicial decision-making. The judge advocate, who was a legally qualified civilian, was responsible for ensuring the fair conduct of the proceedings and for giving binding rulings on questions of law and procedure. He did not participate in the deliberations on the verdict or have a vote. The reviewing authority, which automatically reviews all verdicts of guilty and sentences imposed, informed the applicant that neither the findings nor the sentence would be varied. The applicant's appeal to the Courts-Martial Appeal Court was dismissed.

*Held*

Article 6 § 1: In *Findlay*, the Court had concluded that the applicant's misgivings about the independence and impartiality of a court-martial convened prior to the entry into force of the Armed Forces Act 1996 had been objectively justified, the main concern being the role of the "convening officer" in the proceedings. In the later case of *Morris*, a Chamber had considered that the 1996 Act had gone a long way towards meeting those concerns, that the independence of the court-martial was not undermined by the manner of appointment of its members and that the permanent president and the judge advocate were important guarantees. It had

---

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

nevertheless concluded that the safeguards were insufficient to exclude the risk of outside pressure being brought to bear on the other members of the court. The Chamber had also considered that the role of the reviewing authority breached the principle that a tribunal's binding decision should be unalterable by a non-judicial authority. In the present case, the Grand Chamber had to examine whether there were good reasons to depart from those conclusions, bearing in mind the information and material before it which had not been submitted to the Chamber in *Morris*.

(a) Service tribunals: There is nothing in the provisions of Article 6 which would, in principle, exclude the determination by service tribunals of criminal charges against service personnel. The question to be answered in each case is whether doubts about the independence and impartiality of a particular court-martial can be considered to be objectively justified.

(b) The higher authority, the prosecuting authority and the court administration officer (CAO): While the higher authority decides whether a charge should be brought before the prosecuting authority, it is the latter which decides whether to prosecute or not. The higher authority has no other role in the pursuit of the charges and it is not relevant whether the higher authority is legally qualified or whether there is a chain of command with the accused's commanding officer. The prosecuting authority and his staff are legally qualified and the decision to prosecute is made on the basis of legal criteria similar to those applied in the civilian context. While the prosecuting authority is also the RAF Director of Legal Services, he is answerable only to the Attorney General and is not reported on within the service in respect of his prosecution duties. Moreover, there is no chain of command or service connection between the higher and prosecuting authorities. Finally, while the CAOs are RAF officers, they operate independently of the higher and prosecuting authorities, their duties are largely administrative in nature and they have little discretion in selecting the members of a court-martial. Consequently, the applicant's submissions did not cast any doubt on the findings in *Morris* as to the genuineness of the separation of the prosecuting, convening and adjudicating roles in the court-martial process under the 1996 Act.

(c) The members of the court-martial: (i) The judge advocate was a legally qualified civilian whose independence was not questioned by the applicant; his presence and pivotal role in the proceedings constituted one of the most significant guarantees of independence. (ii) The permanent president of courts-martial was a high-ranking officer who held a full-time post for a number of years prior to retirement and thus had no effective hope of promotion, which was a factor demonstrative of his independence; moreover, his lack of legal qualifications did not undermine that independence, since the judge advocate's legal rulings were binding; while it was a matter of concern that appraisal reports were made, such reports could not refer to judicial decision-making; finally, although there was no express security of tenure, there was no effective fear of removal and no permanent president had ever been removed. (iii) As to the ordinary members, while the *ad hoc* nature of their appointment and their relatively junior rank might not of themselves undermine their independence, such factors emphasised the need for the existence of particularly convincing safeguards against outside pressure being brought to bear on them; in that respect, the protection offered by the permanent president and the judge advocate, the rules on eligibility, the oath taken by members, the right of

the accused to object to any member, the confidentiality of the deliberations, the rule whereby the most junior member expressed his view first and the possibility of prosecution for perverting the course of justice all constituted important safeguards; furthermore, the Grand Chamber considered that it was justified in departing from the Chamber's finding in *Morris* that these safeguards were nevertheless insufficient to exclude the risk of outside pressure: firstly, as to the lack of legal qualification of the ordinary members, the participation of lay judges is not, as such, contrary to Article 6 and, given the key role of the judge advocate, the independence of the ordinary members was not undermined by their lack of legal qualification; secondly, the briefing notes, which constituted a comprehensive manual on the nature and limits of the role of the members, provided a further safeguard of which the Chamber had not been informed; thirdly, it had been clarified that the ordinary members could not be reported on in relation to their judicial decision-making, and indeed the prohibition on disclosing any opinion expressed or vote cast presented a practical obstacle to such reporting.

(d) The reviewing authority: The Court expressed its concern about a procedure which empowered a non-judicial authority to interfere with judicial findings but noted that the final decision would always lie with a judicial authority, the Courts-Martial Appeal Court. In the circumstances of the case, the role of the reviewing authority had not breached the principle that a tribunal's binding decision should be unalterable by a non-judicial authority.

In all the circumstances, the applicant's misgivings about the independence and impartiality of the court-martial were not objectively justified.

*Conclusion*: no violation (unanimously).

### 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  
*Langborger v. Sweden*, judgment of 22 June 1989, Series A no. 155  
*Fey v. Austria*, judgment of 24 February 1993, Series A no. 255-A  
*Holm v. Sweden*, judgment of 25 November 1993, Series A no. 279-A  
*Van de Hurk v. the Netherlands*, judgment of 19 April 1994, Series A no. 288  
*Findlay v. the United Kingdom*, judgment of 25 February 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I  
*Coyne v. the United Kingdom*, judgment of 24 September 1997, *Reports* 1997-V  
*Incal v. Turkey*, judgment of 9 June 1998, *Reports* 1998-IV  
*Hood v. the United Kingdom* [GC], no. 27267/95, ECHR 1999-I  
*Cable and Others v. the United Kingdom* [GC], nos. 24436/94 et seq., 18 February 1999  
*Brumărescu v. Romania* [GC], no. 28342/95, ECHR 1999-VII  
*Morris v. the United Kingdom*, no. 38784/97, ECHR 2002-I  
*Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, ECHR 2002-VI  
*Ezeh and Connors v. the United Kingdom* [GC], nos. 39665/98 and 40086/98, ECHR 2003-X



**In the case of Cooper v. the United Kingdom,**

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,  
Sir Nicolas BRATZA,  
Mrs V. STRÁŽNICKÁ,  
Mr C. BİRSAN,  
Mr K. JUNGWIERT,  
Mr M. FISCHBACH,  
Mr J. CASADEVALL,  
Mr J. HEDIGAN,  
Mrs M. TSATSA-NIKOLOVSKA,  
Mr R. MARUSTE,  
Mr A. KOVLER,  
Mr S. PAVLOVSKI,  
Mr L. GARLICKI,  
Mr J. BORREGO BORREGO,

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

Having deliberated in private on 1 October and on 3 December 2003,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 48843/99) against the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a United Kingdom national, Mr Graham Cooper (“the applicant”), on 8 June 1999.

2. The applicant was represented by Mr G. Blades, a solicitor practising in Lincoln. The United Kingdom Government (“the Government”) were represented by their Agents, Mr C. Whomersley and, subsequently, Mr J. Grainger, of the Foreign and Commonwealth Office.

3. The applicant complained that he did not have a fair trial by an independent and impartial tribunal established by law, in violation of Article 6 § 1 of the Convention. In particular, he complained that the structure of the court-martial that had tried him was such that it violated the independence and impartiality requirements, and consequently the fairness requirement, of that Article. He also complained of unfairness based on the particular facts of his case.

4. The application was allocated to the Fourth Section of the Court. On 4 June 2002 a Chamber of that Section declared inadmissible the specific complaint of unfairness under Article 6 and gave notice to the Government of his main complaint concerning the independence and impartiality of the court-martial (Rule 54 § 2 (b) of the Rules of Court). On 6 May 2003 a Chamber of that Section (composed of Mr M. Pellonpää, Sir Nicolas Bratza, Mrs V. Strážnická, Mr R. Maruste, Mr S. Pavlovski, Mr L. Garlicki, Mr J. Borrego Borrego, judges, and Mr M. O'Boyle, Section Registrar) relinquished jurisdiction in favour of the Grand Chamber, neither of the parties having objected to such relinquishment (Article 30 of the Convention and Rule 72).

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

6. Pursuant to Article 29 § 3 of the Convention and Rule 54A § 3, the Grand Chamber notified the parties that it might decide to examine the merits of the complaint before it at the same time as its admissibility and decided to put an additional question to the parties.

7. The applicant and the Government each filed observations on the admissibility and merits of the case, together with separate submissions on the applicable domestic law and practice.

8. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 1 October 2003 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mr J. GRAINGER,	<i>Agent,</i>
Mr P. HAVERS QC,	<i>Counsel,</i>
Ms T. JONES,	
Mr H. MORRISON,	
Mr E. LATHAM,	
Air Vice-Marshal R. CHARLES,	
Commodore J. BLACKETT,	
Commander S. TAYLOR,	
Brigadier T. PAPHITI,	<i>Advisers;</i>

(b) *for the applicant*

Mr G. BLADES, Solicitor,	<i>Representative,</i>
Mr J. MACKENZIE, Solicitor,	<i>Adviser.</i>

The Court heard addresses by Mr Havers and Mr Blades.

9. The Grand Chamber subsequently decided to examine the merits of the complaint before it at the same time as its admissibility (Article 29 § 3 of the Convention and Rule 54A § 3).



## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

10. The applicant was born in 1968 and lives in Birmingham. At the relevant time he was a member of the Royal Air Force (RAF).

11. On 18 February 1998 the applicant, along with a co-accused, was convicted by a district court-martial (pursuant to section 70(1) of the Air Force Act 1955) of theft contrary to the Theft Act 1968. He was sentenced to fifty-six days' imprisonment, to be dismissed from the service and to be reduced to the ranks.

12. The applicant's court-martial was composed of a permanent president (Wing Commander Rodgers), two other officers of lower rank (Squadron Leader Borthwick and Flight Lieutenant Winks) and a judge advocate.

Wing Commander Rodgers' appointment to the post of permanent president was his last before retirement in September 1998. Although he had been the subject of appraisal reports prior to August 1997, he was not reported on thereafter. The two ordinary members had attended the junior officers' command course in 1993, which included training in disciplinary processes.

13. By a letter from the reviewing authority dated 3 April 1998, the applicant's representative was informed that neither the findings nor the sentence of the court-martial would be varied. The authority had received advice from the Judge Advocate General.

14. The applicant's appeal to the Courts-Martial Appeal Court against conviction and sentence was dismissed on 5 February 1999.

### II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

#### A. General

15. The Armed Forces Act 1996 ("the 1996 Act") came into force on 1 April 1997 and amended, *inter alia*, the Air Force Act 1955 (references below to "the 1955 Act" are to that Act as amended). Trial by court-martial in the RAF is regulated, *inter alia*, by the 1955 Act, the Courts-Martial (Air Force) Rules 1997 ("the 1997 Rules") and the Queen's Regulations for the RAF.

16. Section 70(1) of the 1955 Act provides that any person subject to air-force law who commits a civilian offence, whether in the United Kingdom or elsewhere, shall be guilty of an offence against that section.

17. Section 71(1) of the 1955 Act lists the punishments available to a court-martial following conviction and establishes, as a matter of law, the

relative positions of each punishment in the hierarchy of punishments available (the “coda” to section 71(1) of the 1955 Act).

18. The powers of punishment of courts-martial (general and district) are set out in section 85 of the 1955 Act:

“(1) A general court-martial shall have power to try any person subject to air force law for any offence which under this Act is triable by court-martial, and to award for any such offence any punishment authorised by this Act for that offence.

(2) A district court-martial shall have the powers of a general court-martial except that it shall not try an officer or sentence a warrant officer to imprisonment, discharge with disgrace, dismissal or detention, and shall not award the punishment of death or of imprisonment for a term exceeding two years or make an order committing a person to be detained under section 71AA of this Act for a period exceeding two years.”

19. A person guilty of theft is liable on conviction on indictment to imprisonment for a term not exceeding ten years or, on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding six months or a fine or both (section 7 of the Theft Act 1968).

## **B. The court-martial – participants and procedure**

### *1. The commanding officer (CO)*

20. An allegation that a person subject to air-force law has committed an offence must be reported to the CO of the accused. The CO must investigate the charge, after which he may refer the matter to the higher authority (section 76(5)(b) of the 1955 Act).

### *2. The higher authority*

21. The higher authority is a senior RAF officer (the Air Officer Commanding). He is not legally qualified. He must decide, in respect of cases referred to him by a CO, whether to refer the matter back to the CO to be dealt with summarily (unless the accused has already elected trial by court-martial); to refer the matter to the prosecuting authority for a decision as to whether the accused should be prosecuted; or to drop the charges. The higher authority’s decision is essentially a command decision, the higher authority being required to ask himself whether there are service reasons for prosecuting or not. Once the higher authority has taken this decision, he has no further involvement in the case.

### *3. The prosecuting authority*

22. The role of prosecutor is performed by the prosecuting authority. He is appointed by the Queen and must have been legally qualified for ten years (section 83A of the 1955 Act). The prosecuting authority has a

staff of between six to eight RAF officers, who are all legally qualified (section 83C of the 1955 Act) and employed full-time on prosecuting duties. The barristers on staff are, as members of the Bar of England and Wales, subject to the professional and ethical duties of the Bar Code of Conduct (including a duty to act with independence and in the interests of justice). Similar professional obligations apply to the solicitors on staff, who are members of the Law Society of England and Wales. Those lawyers also apply the Code for Service Prosecutors, which has been endorsed by the Attorney General.

23. Following the higher authority's decision to refer a case to it, the prosecuting authority has an 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 what charges should be brought. The prosecuting authority also prefers the charges, conducts the prosecution (Part II of Schedule I to the 1996 Act) and, in particular, has the power to make all decisions concerning the prosecution (section 83B(7) of the 1955 Act).

24. The prosecuting authority (Air Vice Marshal Weeden) was, at the relevant time, also Director of Legal Services (RAF). In his prosecuting role, he was answerable solely to the Attorney General. As Director of Legal Services (RAF) he was answerable to the Air Member for Personnel/Commander in Chief of Personnel and Training Command. Air Vice Marshal Weeden was not reported on in relation to his performance as the prosecuting authority, although he was reported on in relation to his role as Director of Legal Services (RAF). Annual appraisal reports on prosecuting officers were drawn up by 1st reporting officers within the prosecuting authority.

#### *4. The court administration officers (CAOs)*

25. CAOs are RAF officers appointed by the Defence Council. Once notified of a prosecution by court-martial by the prosecuting authority, a CAO 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-martial. Before commencement of the court-martial hearing, the power to dissolve it is vested in the responsible CAO. The Courts-Martial Administration Unit discharges the administration and functions of the CAOs on their behalf and at their direction.

26. A district court-martial comprises a judge advocate, a president and not less than two serving air-force officers ("the ordinary members") of at least two years' experience in the RAF (section 84D of the 1955 Act).

### 5. *The judge advocate*

27. The Judge Advocate General and his staff of judge advocates are appointed by the Lord Chancellor and are civilians who must have at least seven years' experience as advocates or five years' experience as barristers. A judge advocate is appointed to each court-martial (section 84D(1) of the 1955 Act) by the Judge Advocate General.

28. A judge advocate is robed and sits in the centre with the president and one of the members on his left and the other member on his right. A judge advocate's role during a court-martial is to ensure the fair and regular conduct of the proceedings. He controls the course of the evidence and rules on legal objections. All rulings and directions on questions of law (including questions of procedure and practice) are given by the judge advocate in open court and are binding on the court-martial (section 84B(3) and (4) of the 1955 Act). In this respect, judge advocates have available to them the same model directions (prepared by the Judicial Studies Board) as are available to Crown Court judges. Once the court-martial hearing has commenced, the power to dissolve it is vested in the judge advocate.

29. A judge advocate also delivers a summing-up and further directions in open court before the members of the court-martial retire to consider their verdict, in the same way as a Crown Court judge would direct the jury. The judge advocate does not retire with the president and ordinary members and has no vote on verdict: as the members of the court-martial are the sole arbiters of fact, they alone must decide whether the charge has been proved or not (section 96(1) and (1A) of the 1955 Act). Following the deliberation on verdict, the judge advocate checks the findings. If he is satisfied that they are not contrary to law, the findings are announced. If he is not so satisfied, he gives the president and ordinary members further directions in open court, following which they retire to reconsider their findings in the light of the judge advocate's directions (Rule 72(3) and (4) of the 1997 Rules). The judge advocate retires with the other members of the court-martial for the deliberations on sentence (during which he can give, if necessary, guidance on the appropriate sentence to be imposed) and votes on sentence.

### 6. *The president of a court-martial and permanent presidents of courts-martial ("permanent presidents")*

30. The president of a court-martial ensures that the hearing is conducted in accordance with service tradition (Rule 33 (1) of the 1997 Rules). During the deliberations on verdict, the president chairs the discussions.

31. The post of permanent president was first created in 1941, not by any statutory provision but rather as a matter of policy. Permanent

presidents were selected from among serving RAF officers of suitable age and rank; they have always had the rank of wing commander. Legal qualifications or experience were not required. The appointment was full-time, was usually expected to be for a period in excess of three years and, almost without exception, was the officer's last posting before his retirement. The Air Secretary had the power to terminate the appointment of a permanent president, although this never happened. While appraisal reports were not prepared on permanent presidents sitting in army courts-martial, such reports were made on those sitting in RAF courts-martial. However, the reports did not concern their judicial decision-making.

32. In *R. v. McKendry* (6 March 2000, unreported), the judge advocate held that a particular permanent president could not be regarded as independent and impartial for the purposes of Article 6 § 1 of the Convention. Although the ruling was limited to the particular case, recourse to permanent presidents was abandoned pending the outcome of the judgment of the House of Lords in *R. v. Boyd, Hastie and Spear Saunby and Others* ("*R. v. Boyd and Others*"). That judgment was delivered on 18 July 2002 (see paragraphs 63-76 below), but permanent presidents have not been reintroduced to RAF courts-martial.

#### 7. *The ordinary members of courts-martial*

33. There is no requirement that the ordinary members of courts-martial should have formal legal training (Rule 17(b) of the 1997 Rules).

34. Certain officers cannot be selected for courts-martial. Section 84C(4) of the 1955 Act provides that the CAO, the COs of the accused, members of the higher authority, investigating officers and all other officers involved in inquiring into the charges concerned are all excluded from selection. Rule 17 of the 1997 Rules excludes from selection an officer serving under the command of the higher authority referring the case, the prosecuting authority and the CAO. The Queen's Regulations for the RAF (QR 1154(f)) further underline that, so far as is practicable, a court-martial is to be composed of officers from different RAF stations.

35. At the relevant time (between 1997 and early 2000), ordinary members were randomly selected from a volunteer database for each court-martial. Individual officers were allowed to volunteer by completing a standard form or, alternatively, over the telephone. The information so provided would be entered on a computer database by the CAO. When members were required for a court-martial, the CAO looked for members in the database who were not excluded from participating in a court-martial. If volunteers could not be found in this way, a station would be selected from an alphabetical roster in each command using a separate database. The station would then be notified of those officers on that

station, if any, who were on the volunteer database and the station would then be responsible for designating the officer(s) and informing the CAO.

36. The ordinary members remain subject to RAF discipline in the general sense since they remain RAF officers, but they are not reported on in relation to the carrying out of their duties as members of the court-martial and, in particular, in relation to their judicial decision-making. Attempting to influence, or influencing, a member of a court-martial amounts to the common-law offence of perverting the course of justice and/or to the offence of conduct to the prejudice of good order and air-force discipline (section 69 of the 1955 Act).

#### *8. The court-martial hearing*

37. When the members have been designated and the court-martial has been convened, the members are sent the Courts-Martial Administration Unit (RAF) briefing notes for court-martial members (see paragraphs 45-62 below) along with a list of prosecution witnesses. The members are required to examine the list and to tell the CAO if any of the witnesses are known to them. They are also advised that, should they subsequently discover that they do know someone, they should inform the judge advocate.

38. At the start of the court-martial hearing, the names of all of the members of the court-martial are read out and the accused can object to any sitting member (section 92(1) of the 1955 Act and Rule 40 of the 1997 Rules). Each member of an RAF court-martial must take 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 law without partiality, favour or affection, and I do further swear that I will not on any account, at any time whatsoever, disclose the vote or opinion of any member of this court-martial, unless thereunto required in due course of law.”

39. Deliberations of the court-martial members are confidential, a member being forbidden to reveal any opinion or vote. The members of the court-martial are required to speak during deliberations, and at the close of deliberations to vote on verdict and sentence in ascending order of seniority. 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 (section 96(5) of the 1955 Act) who, at the time of the applicant’s court-martial, gave the reasons for the sentence in open court. Under the present procedure, those reasons are given by the judge advocate (Rule 80(2) of the 1997 Rules).

### *9. The reviewing authority*

40. All guilty verdicts reached, and sentences imposed, by a court-martial must be reviewed by the reviewing authority within prescribed time-limits (section 113 of the 1955 Act). Although ultimate responsibility rests with the Defence Council, the review is, as a matter of practice, generally delegated to the Air Secretary or to such officer who at that time is carrying out the duties of the Air Secretary (section 113(5)(b) of the 1955 Act). Post-trial advice is received by the reviewing authority from the Judge Advocate General, who advises whether or not the conviction or sentence should be altered in the convicted person's favour. This advice is not binding, but is generally accepted by the reviewing authority. It is disclosed to the accused, who has the right to present a petition to the reviewing authority.

41. The reviewing authority may substitute a finding of guilt which could have been made by the court-martial and if the court-martial must have been satisfied as to the facts which would justify making that finding (section 113AA(2) of the 1955 Act), and it may also "pass any such sentence (not being, in the opinion of the authority, more severe than the sentence originally passed) open to a court-martial on making such a finding as appears proper" (section 113AA(4) of the 1955 Act). The reviewing authority also has the power to quash any verdict of guilt and associated sentence and to authorise a retrial (section 113A(1) of the 1955 Act). It is then for the prosecuting authority to decide whether to seek a retrial. While the person concerned is not specifically heard by the reviewing authority on the question of retrial, the decision of the prosecuting authority to seek a retrial can be challenged by an accused as an abuse of process. If convicted following a retrial, an individual retains his access on verdict and sentence to the Courts-Martial Appeal Court (see paragraphs 42-44 below). The reviewing authority gives a reasoned decision and, should it substitute a finding of guilt and/or sentence, that ruling is treated for all purposes as if it was reached or imposed by the court-martial itself.

### *10. The Courts-Martial Appeal Court*

42. The Courts-Martial Appeal Court is a civilian court composed of judges from the Criminal Division of the Court of Appeal. A convicted person has a right of appeal to the Courts-Martial Appeal Court against both conviction and sentence (section 8 of the Courts-Martial (Appeals) Act 1968, as amended – "the 1968 Act").

43. An appeal against conviction will be allowed where the Courts-Martial Appeal Court finds that the conviction is unsafe, but dismissed in all other cases. The test of what is "unsafe" is the same as that applied in appeals against convictions by the civilian criminal courts. An appeal

against sentence may be allowed where the Courts-Martial Appeal Court considers that the sentence is not appropriate for the case (section 16A of the 1968 Act). It 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 1968 Act). It can also authorise a retrial (section 19(1) of the 1968 Act).

44. In *R. v. McKendry* (judgment of the Courts-Martial Appeal Court of 20 February 2001), the appellant pleaded guilty to a charge of absence without leave and was sentenced to, *inter alia*, 265 days' detention. The reviewing authority rejected his petition and Mr Justice Ouseley gave the judgment of the Courts-Martial Appeal Court. Having noted in detail the advice of the Judge Advocate General to the reviewing authority, he quoted as follows from a prior judgment of the Courts-Martial Appeal Court (*R. v. Pattinson*, judgment of 25 January 1999):

"In our judgment, the Court has to bear in mind, in dealing with an appeal of this kind, ... the somewhat 'hybrid jurisdiction' which [the Courts-Martial Appeal Court] exercises; in that it is clearly free to correct any injustice, but it nonetheless has to be mindful that those imposing and confirming sentences, particularly, it is to be said ... in relation to an offence of desertion, are particularly well placed and indeed better placed than [the Courts-Martial Appeal Court] in assessing the seriousness of offending in the context of service life."

Mr Justice Ouseley continued:

"The offence of going absent without leave, as indeed the offence of desertion, is not one in respect of which any civilian parallel exists. The sentencing considerations involve factors that are particular to the armed services, in respect of which their judgment and experience are entitled to great weight. A court should be reluctant to interfere with such courts-martial sentencing decisions, particularly where the Judge Advocate General has reviewed the matter and has dismissed the petition in the terms in which he did here. The considerations particular to this sort of military offence relate to the significance of the offence for the maintenance of military discipline and efficiency, the need for deterrence, the significance of rank and the availability of other measures from dismissal to loss of rank and pay, which are in many ways not available or not paralleled in the civilian sphere. Indeed some of those factors would also be of particular weight when the Courts-Martial Appeal Court is dealing with offences which do have parallels in the civilian sphere, and would justify caution in interfering with courts-martial sentences; even more so do they justify caution when dealing with offences which have no parallel in the civilian sphere."

*R. v. Holtby-Smith* (judgment of the Courts-Martial Appeal Court of 26 February 2003) concerned a retrial following a decision of the reviewing authority. Lord Justice Kennedy in the Courts-Martial Appeal Court stated as follows:

"The Reviewing Authority directed ... that the Prosecuting Authority consider whether there should be a retrial. That was an inappropriate direction on the part of the Reviewing Authority because under section 113A of the [1955 Act] the decision whether or not to order a retrial must be one for the Reviewing Authority itself and



not for the Prosecuting Authority, though of course the Reviewing Authority could, if so disposed, canvas the views of the Prosecuting Authority, and of the proposed defendant, as to whether or not there should be a retrial. Following that, the Reviewing Authority was advised of the error of its approach and ... directed a retrial in the interests of justice ... If [such a] decision of the Reviewing Authority was to be challenged, it could only be challenged by means of judicial review ... ”

In *R. v. Ball and R. v. Rugg* (judgment of the Courts-Martial Appeal Court of 12 February 1998), the sentence of the court-martial was one year’s detention and the reviewing authority substituted a sentence of one year’s imprisonment. The Courts-Martial Appeal Court quashed the latter sentence and replaced it with a sentence of nine months’ detention.

### **C. The Courts-Martial Administration Unit (RAF) briefing notes for court-martial members issued in July 1999**

45. The briefing notes are sent by the Courts-Martial Administration Unit to the members selected for a court-martial. The notes applicable at the time of the applicant’s court-martial (February 1998) could not be located by the parties. The notes issued in July 1999 are described below.

46. The introductory part of the notes was entitled “Important points for members of courts-martial” and provided as follows:

#### *“Before trial*

1. Read the accompanying briefing document.
2. Contact the Courts-Martial Administration Unit (CMAU) if you are wrongly described in the convening order.
3. If you think that you may not be eligible to sit as a member of the court-martial – e.g. because you know the accused or something about him or a witness, or for any other reason – tell the CMAU or, if you are already at court, ask to see the Judge Advocate privately and tell him. Do not mention your concerns to anybody else.
4. Do not attempt to find out any details of the case in advance of going to court, and do not speak to any one, or allow anybody to speak to you about it – including when you arrive at the unit where the court-martial is to be held.

#### *At the trial*

5. Once the trial has started you must not talk to anyone about the case (other than the remaining members of the court when all together) for as long as it continues.
6. Listen carefully to the witnesses and advocates, and to what the Judge Advocate tells you; and reach your decision only on what you hear in court.
7. You may only question witnesses through the Judge Advocate, or with his permission.
8. You must not visit the scene of the alleged offence unless the Judge Advocate so directs, when everyone involved in the case will go.

*After the trial*

9. You must never reveal anything to anyone about the deliberations on finding or sentence unless required to do so ‘... in due course of law.’”

47. Paragraph 2 of the briefing notes emphasised the central role of the judge advocate by telling the members of the court-martial that:

“The main thing to remember is that the Judge Advocate will conduct the court-martial ... He will therefore decide all questions of law, practice and procedure ... He is a member of the court and his rulings and directions are binding on the other members of the court and, of course, the parties to the proceedings. Subject to the Judge Advocate’s conduct of the trial, it will be the President’s duty to ensure that the trial befits the traditions and standards of the Service; and, in particular, that officers and other persons under instruction do not interfere in the trial ... The following pages set out in general terms the order of events at a court-martial. Bear in mind, however, that the Judge Advocate may not follow it to the letter if he decides that the particular circumstances of the case do not warrant it. The Judge Advocate may also, if the interests of justice require, dissolve the court before conclusion of the trial.”

48. The notes went on to warn the members as follows:

“3. When you arrive at the Unit, do not speak to any Unit personnel ... and certainly not to any Unit executive. If you disregard this direction you may find yourself inadvertently talking to, for example, a witness or a lawyer involved in the case, which in turn might result in you being debarred from the trial or, indeed, the trial being prejudiced. If someone has spoken to you and you have any doubts about your position in this respect, you must tell the Judge Advocate privately before the trial commences.

4. Mention has been made above of the President’s duties. Apart from that, the function of the President and the other officer members is to decide, on the evidence, whether the accused is guilty or not guilty; and if guilty, then to decide, together with the Judge Advocate, the sentence to be imposed. The Judge Advocate will tell you all you need to know about the law and procedure in order to discharge those functions.”

49. Paragraph 6 informed the members that they were:

“... exempted from occupying public accommodation on the accused’s Unit. Justice must manifestly be seen to be done and this aim is assisted by your being seen to avoid local Unit influences.”

50. Paragraph 8 of the briefing notes went on to advise that:

“Save for resolving any queries members may have about court etiquette and procedure (e.g. putting on and removal of head-dress, etc.) under no circumstances must the President purport to carry out any form of briefing with other members of the court in the absence of the Judge Advocate. However, he should at this stage make sure the officers under instruction are aware of their duty not to do anything which interferes with the conduct of the trial – e.g. must not say anything or make gestures or imply they have any prior knowledge about the case or the accused, etc.”

51. Paragraphs 9 and 10 provided:

“9. It is the [CAO]’s duty to ensure that the officer members of the court are qualified to act as members, and are not ineligible in any way, i.e.: that they have the requisite number of years’ commissioned service, for example; and that they have not

sat as members of a court-martial which has tried the accused before, or been involved in any investigation or inquiry into matters relating to the subject matter of the charge against the accused ... However, if before the date of trial, you think you may be ineligible, or not qualified to sit, or for example know something about the accused which could prejudice your impartiality, or know someone who might be a witness in the case (you will receive prior notice from the CAO of persons who may be called as prosecution witnesses) you must not mention the matter to any other member but should tell the CAO who will, if necessary, arrange for your place on the court to be taken by someone else. If your concern about any of the above matters does not arise until you get to court, you must not talk about it to anyone else but should ask to see the Judge Advocate privately and tell him. Likewise, if during the trial you realise that, e.g. you know a witness, you should tell the Judge Advocate privately without mentioning it to anyone else.

10. Before the court is opened, the Judge Advocate may join you in your room briefly and, if he does, will answer any queries about this briefing document. If he does not meet you beforehand and you have any such queries, you should send him a message to that effect through the Court orderly."

52. Paragraph 15 provided that the convening order would be read when everyone was assembled in the courtroom, that the members of the court-martial would identify themselves and that the judge advocate would ask the accused if he or she objected to any of the members. The judge advocate would then administer the oath to each member of the court-martial individually (paragraph 17 of the notes).

53. Paragraph 20 informed members that, when the opening formalities were complete:

"... The Judge Advocate may then warn the court not to talk to anyone else about the case for as long as it continues. That includes family, friends, work associates, the prosecutor, defence counsel and, most importantly, the accused and anyone who may be a witness. To that end, other than when the Judge Advocate is sitting alone, members are not to leave the courtroom during the trial except to go to the lavatory, and for any overnight or luncheon adjournment; and are not to associate with Unit personnel either professionally or socially until it is over. Refreshments will be brought into the courtroom as required."

54. Paragraph 21 of the notes provided:

"The President and members must not, when taking refreshments in the courtroom, or at any other time, including when sitting alongside the Judge Advocate, look at papers lying on the desks of the Judge Advocate, prosecutor or defence counsel. Such papers might include information which the court must not see under any circumstances."

55. Paragraph 29 (reflecting Rule 62(2) of the 1997 Rules) pointed out that the president and ordinary members of the court-martial might only put questions to a witness through the judge advocate. If at the end of the witness's evidence they felt that they must hear that witness on a particular question, then the question was to be passed on in writing to the judge advocate, who could put it to the witness in the correct way.

56. Paragraph 34 (drawing on Rule 69 of the 1997 Rules) provided that, following the addresses of the prosecuting and defence counsel, the judge advocate would sum up the main points of evidence and direct the other members of the court on the law relating to the case. The members of the court-martial were not to ask the judge advocate any questions during his summing-up, but they could ask in writing for further directions, which the judge advocate had to give in open court.

57. Paragraph 35 (reflecting rule 70 of the 1997 Rules) dealt with deliberations on the verdict:

“While the court is deliberating on the findings, no one is to be present except the President, members and officers under instruction. The President and members are not to separate until the finding has been reached, unless the Judge Advocate directs that in the interests of justice they may separate ... If any person has to leave the courtroom for personal reasons, he must be told by the President not to speak to any person on any account. If the court wishes to hear again evidence recorded by the VCR, the Judge Advocate must be told and, on his direction, the court must be reopened and the passage read in open court.”

58. Further guidance on deliberations was given in paragraph 38 of the briefing notes:

“The President will normally initiate the discussion on the issue of guilt or innocence. The President should ensure that every court member present gives his opinion as to the finding on each charge separately, in ascending order of seniority commencing with the junior member. A unanimous decision is preferable, but a majority of votes will decide the issue, and the finding of the majority will be recorded as the finding of the court. The President should write down the finding(s) on the record of findings sheet and sign it. Prior to reopening the court, the President should remind any members overruled by the majority that they must now adopt the finding of the court. This is important if it becomes necessary to consider the sentence, as their previous feelings should not influence their decisions.”

59. Paragraph 39 explained the process by which the judge advocate would review the record of the deliberations to check whether the findings were not contrary to law and his related powers (see also paragraph 29 above). This paragraph also noted that the judge advocate “may, for sentencing purposes, inquire into any finding of fact reached by the court during its deliberation on finding ... though it is anticipated he will exercise this power very sparingly”.

60. Paragraph 25 explained what was to happen when sentence was being considered, either after a guilty plea or following conviction:

“The court will close to deliberate on sentence, i.e. no one will be present save for the members (including, of course, the Judge Advocate) and any person under instruction. The Judge Advocate will initiate discussion on the sentence and will inform the members, e.g. about punishments and the principles to be observed. Sentence will be determined by a majority of votes if necessary and the opinions of the officer members will be given orally in ascending order of seniority, commencing with the junior member.

The Judge Advocate will decide where he votes in the order. In the case of an equality of votes, the President has a second or casting vote on sentence which is exercisable once, i.e. he has a final, determining vote. When sentence has been decided, it is entered on the record of sentence which the Judge Advocate will have. The President will sign that record, as will the Judge Advocate."

61. Finally, paragraph 44 provided as follows:

"After the President has announced the trial is concluded and directed the court orderly to carry on, and the Judge Advocate has dissolved the court, the President may invite the officers under instruction to express their views about the case. Thereafter, he should remind them of the oath of secrecy they have taken before releasing them. The court orderly should be instructed to burn or shred all scrap paper. ..."

62. An *aide-mémoire* for non-permanent presidents of courts-martial was annexed to the briefing notes (Annex A). This document described the court-martial procedures from the point of view of the duties and role of the president. Annex B to the notes outlined the court orderly's duties (essentially to ensure the smooth running of the court-martial). Annex C contained the general rules for personnel attending courts-martial which concerned the wearing of head-dress, seating arrangements for witnesses and members of the public and other matters of etiquette.

#### **D. *R. v. Boyd and Others* (House of Lords, 18 July 2002)**

63. The appellants (from both the RAF and the army) had been convicted by a district court-martial (apart from one who had pleaded guilty). Their appeals to the Courts-Martial Appeal Court were unsuccessful. Before the House of Lords, three of the appellants argued that the permanent president's role meant that their courts-martial lacked independence and impartiality. The remaining appellants challenged more generally the compatibility with Article 6 § 1 of the Convention of their trials by court-martial on charges of an offence against the ordinary criminal law. The House of Lords granted leave to appeal.

64. Prior to the delivery of the House of Lords' judgment in that case, a Chamber of this Court adopted its judgment in *Morris v. the United Kingdom* (no. 38784/97, ECHR 2002-I), in which the Chamber concluded that Mr Morris's (army) court-martial, convened under the 1996 Act, fell foul of the independence and impartiality requirements of Article 6 § 1 of the Convention.

65. Subsequently, the House of Lords unanimously dismissed the appeal in *R. v. Boyd and Others*. Lord Steyn, Lord Hutton and Lord Scott of Foscote agreed with the detailed judgments delivered by Lord Bingham of Cornhill and Lord Rodger of Earlsferry.

### 1. *The judgment of Lord Bingham of Cornhill*

66. Lord Bingham rejected the challenge to the impartiality and independence of the permanent president, agreeing with the Chamber's finding on the point in *Morris*, cited above:

"I do not for my part doubt that ... the European Court [was] correct. [Permanent presidents] are appointed to that office in the closing years of their service careers, whether in the army or the [RAF]. They are officers who have no effective hope of promotion and no effective fear of removal. While no doubt they are, as officers, answerable for any extra-judicial delinquency, as any judge might be, they are answerable to no one for the discharge of their decision-making function. The only factual matters on which [the appellants] could rely were the reports written on Wing Commander Chambers who presided [at one of the RAF courts-martial] (there being no report on any army [permanent president]). It would in my opinion be preferable if no annual report were written on officers serving as [permanent presidents], but those on Wing Commander Chambers gave no support in substance to [the appellants'] argument. While praising the wing commander's efficiency and effectiveness as a [permanent president], they made no allusion at all to the quality or outcome of any of his judicial decisions, but instead made express reference to the isolated, unsupervised and independent nature of his role. There is no substance in this challenge."

67. As to the role of the ordinary or junior members of the court-martial, Lord Bingham found as follows:

"It goes without saying that any judgment of the European Court commands great respect, and section 2(1) of the Human Rights Act 1998 requires the House to take any such judgment into account, as it routinely does. There were, however, a large number of points in issue in *Morris v. the United Kingdom*, and it seems clear that on this particular aspect the European Court did not receive all the help which was needed to form a conclusion. It is true that the junior officers who sit on courts-martial have very little legal training, but that is also true of the [permanent president] whose presence was accepted [in *Morris*] as a guarantee of the rights of the accused. It is also true that junior officers sitting on courts-martial remain subject to army discipline and reports. But there is nothing to suggest that any report ever is or ever has been made on any junior officer's decision-making as a member of a court-martial, and it is hard to see how any such report could be made given the prohibition on disclosure of the deliberations of the tribunal in the oath taken by the members. There is nothing to suggest that they remain subject to service discipline in relation to their judicial decision-making, and again it is hard to see how they could. It is true that there is no statutory bar on an officer being made subject to external army influence when sitting on the case. Any person seeking to influence the decision of a sitting member of a court-martial otherwise than at the hearing would, however, be at risk of prosecution either for perverting or attempting to pervert the course of justice or under section 69 of the 1955 Act. The officer members are drawn from a different command from the accused. Briefing notes sent to officer members of courts-martial before they sit enjoin them not to 'speak to any unit personnel and certainly not to any unit officer who may be attending the trial in an official capacity or as a spectator'. They are instructed in writing not to talk to anyone about the case (other than the other members of the court-martial, when all are together) for as long as the trial continues, and this instruction is routinely emphasised by the judge advocate. The officers do not occupy accommodation at the unit of the accused and are told to be seen to avoid 'local unit

influences'. They are instructed 'not to associate with Formation or Unit personnel either professionally or socially until the trial is over'. At the outset of the hearing the officers take an oath in terms quoted by the European Court in [paragraph 27 of its judgment in *Morris*], swearing to try the accused 'according to the evidence' and to 'administer justice according to the Army Act 1955 without partiality, favour or affection'. In considering the independence and impartiality of the [permanent president] both the [Courts-Martial Appeal Court in the appellants' cases] and the European Court in *Morris* ... attached weight to established convention and practice. In my opinion the rules governing the role of junior officers as members of courts-martial are in practice such as effectively to protect the accused against the risk that they might be subject to 'external army influence', as I feel sure the European Court would have appreciated had the position been more fully explained."

68. Turning to the criticism of the reviewing authority in *Morris*, Lord Bingham noted:

"Its role can certainly be seen as anomalous, since ordinarily a binding decision of any court cannot be disturbed otherwise than (exceptionally) by itself or by a superior appellate court. It is however to be noted that the review of conviction and sentence carried out by the reviewing authority, whether the accused seeks such review or not ... cannot work otherwise than to the advantage of the accused. The reviewing authority cannot substitute conviction of a more serious offence, nor can it substitute a sentence which is in its opinion more severe (section 13AA(4)). This subsection does not confer a discretion, but calls for an exercise of judgment. It is essentially the same exercise of judgment as is required of the Court of Appeal ... which has not given rise to difficulty in practice. If the reviewing authority were to substitute a sentence which the accused considered to be more severe than that imposed by the court-martial, it would be open to the accused to challenge the substituted sentence on appeal to the Courts-Martial Appeal Court, and it is important to note that the intervention of the reviewing authority in no way diminishes the rights of the accused on appeal. It is difficult to see any analogy with the situation which the European Court considered in *Brumărescu v. Romania* ... where the applicant, with a final and irreversible judgment of a court in his favour, was deprived of the benefit of that judgment by a later decision in proceedings initiated by a party not involved in the earlier case. If a court-martial is not an independent and impartial tribunal for the trial of civil offences committed by service personnel in England and Wales, the reviewing authority could not be relied on to save it. But if it is, I find it difficult to understand how the role of the reviewing authority can undermine or reduce its independence and impartiality. [The appellants] recognised the difficulty of this argument and did not seek to sustain the judgment of the European Court on the point."

69. The appellants had also generally argued that the whole culture of the services was such as to incline those who took part in courts-martial to attach excessive weight to the values of discipline and morale, to the point of rendering a trial unfair. It was argued that the ritual accompanying courts-martial was oppressive and unfair. Lord Bingham observed:

"I would for my part have no hesitation in agreeing that a court-martial is a court of law, not a parade, and its procedures (while properly involving some formality) should be those appropriate to a court of law and not the parade ground. I would also accept that officers serving on courts-martial will disapprove of those found to have acted in

breach of the law governing their respective service. But judges and jurors in the Crown Court will similarly disapprove of those found to have infringed the ordinary criminal law. There is no reason to think that in the former case any more than in the latter such disapproval will infect the tribunal's approach to deciding whether the particular accused has broken the law in the manner charged. Officers will appreciate, better than anyone, that to convict and punish those not shown to be guilty is not to promote the interests of good discipline and high morale but to sow the seeds of disaffection and perhaps even mutiny. In the absence of any evidence at all to support it, I could not accept the suggestion that any modern officer would, despite the oath he has taken, exercise his judgment otherwise than independently and impartially or be thought by any reasonable and informed observer to be at risk of doing so."

## 2. *The judgment of Lord Rodger of Earlsferry*

70. Lord Rodger rejected the suggestion that, by its very nature, a trial of a civilian offence by court-martial was incompatible with Article 6 § 1 of the Convention and he referred, in this respect, to this Court's judgment in *Engel and Others v. the Netherlands* (judgment of 8 June 1976, Series A no. 22) and to *Morris* (cited above, § 59). Since the trial by court-martial did not in itself violate Article 6 § 1, the decision as to whether the court-martial was to be regarded as an independent and impartial tribunal depended on the safeguards which were in place. He noted generally in this respect:

"A submission of this kind requires one, as a starting-point, to consider what is meant by the requirement that a tribunal should be independent and impartial. As the European Court noted in *Morris* ... the concepts of independence and objective impartiality are closely linked. In the present cases, in substance, the court-martial must be guarded from the risk of influence by the prosecution and guarded from the risk of influence by the relevant service authorities, especially superior officers who might wish to secure some particular result, supposedly in the interests of the morale or discipline of the service or of some particular unit. As a result of the abolition of the role of the convening officer by the 1996 Act, no issue was raised in these cases as to the independence of the members of the tribunal from the prosecution. On the other hand, Article 6 does not require that the members of the tribunal should not share the values of the military community to which they belong any more than it requires that the judge or members of the jury in a civil court should be divorced from the values of the wider community of which they form part. What matters is that, while sharing the values of the service community, the members of the court-martial should put aside any prejudices which they may have and act – and be seen to act – independently and impartially in deciding the issues in the case before them."

71. As to permanent presidents, Lord Rodger observed that, while there had been no appraisal reports on permanent presidents in the army since 1997, the RAF had continued the practice of preparing reports on permanent presidents. He was of the view that "that practice [was] undesirable and, as the army experience show[ed], unnecessary. It would be better if it were discontinued". However, he went on to observe



that such reports generally, and the ones completed in the case before him, commented on the manner in which the permanent president had tackled his role as a permanent president (referring to the administrative aspects of the job) and did not bear on his actual decisions when sitting in a court-martial. Indeed, Lord Rodger noted that the reports in question had recognised that the permanent president's role was one in which the president was "isolated and unsupervised and which require[d] independence" which the Air Secretary "honour[ed] and respect[ed]". The reports did not therefore give the slightest reason to doubt the permanent president's independence. On the contrary, he considered that

"... all involved in making these reports were well aware of the need not to intrude upon the decisions reached by him when sitting as president. Even had anyone wished to intrude, the oath of secrecy taken by the members of courts-martial would have made it impossible to investigate those decisions."

72. As to the other members of the court-martial, Lord Rodger noted the conclusion of the Chamber in *Morris*. He also observed, however, that "for whatever reason ... the European Court was given rather less information than the [House of Lords] about the safeguards relating to the officers serving on courts-martial". He drew parallels between the members of the court-martial and jurors, noting that, while jurors brought certain prejudices and experiences with them to a trial, the safeguards of an oath and the trial judge's directions were considered by the domestic courts and by the European Court to be sufficient to ensure that jurors put aside their prejudices and reached a just verdict on the evidence. The members of courts-martial took a similar oath and the judge advocate gave them the same kind of directions which a trial judge would have given jurors: there was no reason to suppose that members of a court-martial would be less faithful to their oath or less diligent in applying the directions given by the judge advocate than would jurors, particularly when "trust and obedience to commands" were important to the officers sitting on a court-martial.

73. Indeed, Lord Rodger considered that the steps taken to ensure that the members of a court-martial acted independently and impartially were, on one view, even more strict than with a jury. Those steps had not, he noted, been outlined to the Chamber in *Morris*. He went on to detail those steps. In this connection, he referred to the briefing notes sent to members of the court-martial and noted as relevant safeguards those matters outlined at paragraphs 2, 3, 4, 6, 8, 9, 20, 21, 25, 29, 30, 33, 35, 36, 39, 40, 42 and 45 of those notes. Lord Rodger commented on these safeguards as follows:

"The various provisions which I have quoted from the briefing notes for the members of courts-martial reinforce significantly the message, proclaimed in any event by the oath and the directions of the judge advocate, that the members are to act in-

dependently and impartially. In order to be seen to avoid local unit influences, the members are not to stay in public accommodation at the accused's unit. They are not to speak to unit personnel and especially not to any officer who may be attending the trial – at the risk of being debarred from the trial or indeed of the trial being prejudiced. They are not to associate either professionally or socially with such personnel until the trial is over. There is a veto on the president briefing the other members of the court in the absence of the judge advocate. The members are to tell the court administration officer if they know something about the accused which could prejudice their impartiality or if they know someone who might be a witness in the case. The members are warned not to talk to anyone else about the case as long as it continues. They are not to look at any papers which are before the judge advocate, prosecutor or defence counsel, for fear of seeing something which they ought not to. When they deliberate on conviction or sentence, the most junior member is to give his opinion orally first – again, obviously, with the aim of ensuring that the junior members express their own personal view, uninfluenced by the more senior members. In terms of the members' oath their deliberations are to be kept secret and this secrecy is further ensured by the instruction to the court orderly at the end of the proceedings to burn or shred all scrap paper. Again, the object is to prevent the members feeling, or coming under, any outside pressure during or after the trial by reason of their participation in the decision in the case.

[The appellants] did not suggest that these were other than genuine instructions to the members which they were intended to observe. Nor was it suggested that the instructions were in practice ignored or that they had been ignored in these particular cases. But if they are indeed observed, I find it hard, if not impossible, to see how anyone either in the court or, more particularly, outside the court could improperly influence the members' decision either on conviction or on sentence. Certainly, it is hard to see what more could be done to ensure that, while sitting in the court-martial, the officers act not as officers subject to command but as independent and impartial members of the court, reaching the verdict and determining the sentence according to law but according also to their own individual conscience."

74. Lord Rodger noted that there were, however, two differences between members of a court-martial and an ordinary jury, differences which he concluded did not undermine the independence of the former:

"First, the routines, the periods of boredom and the pleasures, pains and pressures of service life would be unknown to most jurors today, although they would have been familiar to many of their fathers and grandfathers. By contrast, members of a court-martial know all about them and about the society in which the accused lives and works. [The appellants' counsel] suggested that officers on a court-martial, imbued by their training with notions of rank and discipline, would always tend to believe the evidence of a fellow officer or a non-commissioned officer rather than the evidence of a private. By contrast, he said, members of a jury, who carried no such burden of preconceptions, would be able to see more clearly and judge purely on the evidence before them. Of course, this submission was really just a matter of assertion. There was, and could be, no evidence to back it up. Indeed, it was somewhat undermined by the conviction of [two of] the appellants ... [Those appellants'] conviction was based on the evidence of [two Guardsmen] ... In accepting the guardsmen's evidence, the court-martial must have disbelieved the evidence of their superiors in rank ... In any event, it is possible to fashion an argument – equally a matter of assertion – that officers who are familiar with service life and who are in close contact with service personnel of all ranks

may well be less impressed by mere rank and better able to gauge the underlying realities than jurors confronted for the first time with officers or non-commissioned officers telling an apparently plausible tale. Viewed in this light, the specialised knowledge and experience of the members of a court-martial could be seen as a positive advantage rather than as a disadvantage. However that may be, I see no reason to think that, when duly directed by the judge advocate, officers on a court-martial cannot properly assess the evidence and return a true verdict based on it. I therefore reject the appellants' argument on this point.

The members of a court-martial perform a role in deciding sentence which is no part of a jury's function in the United Kingdom. I accept that, in determining sentence, the members will indeed have regard to such issues as the impact of the offence on service morale and discipline. They will, inevitably, be more aware of these effects than a civil judge would be. Therefore, while the safeguards of the independence and impartiality of the members should mean that they approach their verdict in much the same way as jurors in a civil trial, it cannot be assumed that, when passing sentence, the court-martial will necessarily give exactly the same weight to these service factors as would a Crown Court judge. The sentences which a court-martial passes may therefore not coincide exactly with the sentences which a civil judge would pass on the same facts. In my view that does not call the decisions of the courts-martial into question, either generally or in terms of Article 6. Any difference in sentencing does not mean that the members are not independent or impartial, but merely that, though both independent and impartial, they may assess the various factors differently ... There are ... two additional points to bear in mind. The first is that the judge advocate advises the other members on sentence and also has a vote on sentence. He will be able to bring to bear his informed view as a lawyer on what sentence would be suitable. The second safeguard is that any sentence imposed by the court-martial is subject not only to review by the reviewing authority but also to appeal, on the ground that it is not appropriate, with the leave of the [Courts-Martial Appeal Court]. The members of the [Courts-Martial Appeal Court] are civil judges and are in a position to correct any inappropriate punishment that the court-martial may impose by reason of the members' military background."

75. Lord Rodger considered that all of these matters had to be borne in mind when considering the particular characteristics of the members of the court-martial to which the Chamber attached importance in *Morris*. He went on to identify and disagree with the specific concerns expressed by the Chamber in that case as regards the independence of the ordinary members:

"The first was that the officer members had no legal training. That applies also in the present cases and indeed must apply in virtually all cases. As the briefing notes show, officers who may be called upon to sit on courts-martial are given some training by being allowed to sit and observe proceedings, including the members' deliberations. This should mean that, when they are eventually asked to sit, they should not find the procedures wholly unknown or strange, but it goes no further than that. While in *Morris v. the United Kingdom* the Third Chamber seems to have regarded the lack of formal legal training as a significant defect, as I have already noted, in *Engel v. the Netherlands* ... the European Court held that the Dutch Supreme Military Court was an independent and impartial tribunal, even though four of the six members were military

officers with no legal training. Given the other safeguards which were in place in the present cases, I see no reason to conclude that the absence of legal training undermined the members' independence and impartiality.

The European Court attached importance to the fact that the officers, other than the permanent president, remained subject to army discipline and reports. In so far as the members of the courts-martial in the present cases also remained subject to service discipline, they simply shared the characteristic of all serving members of the armed forces. It must have been equally true of the military members of the Dutch Supreme Military Court in *Engel v. the Netherlands*. Moreover, the fuller information available to the House about the safeguards in place to protect the independence of the members of courts-martial shows clearly, in my view, that, just like the Dutch officers in *Engel v. the Netherlands*, the officers in these cases would not have been under the command of any higher authority in their function as members of the courts-martial. Indeed, as [the Ministry of Defence] pointed out, contrary to the assumption of the European Court, there was even a formal legal bar to any superior officer trying to influence their decision, since this would have constituted the criminal offence of attempting to pervert the course of justice.

It is true, of course, that, as in *Morris v. United Kingdom*, so also in these cases, leaving aside the permanent presidents, the officers sitting on the courts-martial would have remained subject to reports. [The appellants] indeed drew attention to a number of such reports where mention is made of the fact that, during the year in question, the officer concerned had sat as a member of a court-martial. In itself that must be unobjectionable since the information that the particular officer has had this experience may be relevant at some future date if, for instance, consideration is being given to appointing a permanent president. What would be objectionable would be any report which made reference, whether favourable or unfavourable, to an officer's decisions when sitting on a court-martial. But [the appellants] could point to no report where this had been done. The only report which referred to an officer's performance in relation to a court-martial was one relating to [one officer]: 'Her foray into the court-martial arena has brought particular accolades for her thoughtful and incisive contribution to the legal process'. The report showed that [that officer] had acted not only as junior member on several courts-martial but also as assistant defending officer to an airman tried by a general court-martial. It appears that the comment may well have related to this second role. In any event the report makes no comment on any decision reached by [that officer] when sitting as a member of a court-martial. Indeed counsel for the [Ministry of Defence] showed the House a number of statements from officers concerned with personnel matters who had read thousands of annual reports and had never seen mention of such a thing. That being so, again with the benefit of this more detailed information, I would not share the view of the European Court in *Morris v. the United Kingdom* that the independence and impartiality of officers sitting on courts-martial are compromised by the fact that they remain subject to the system of annual reports.

For all these reasons I consider that those charged with administering the system of courts-martial have been at pains to put in place a series of practical safeguards which are designed to secure the independence and impartiality of those sitting on these courts. Nor is this surprising. There is not a little force in the point made by the [Courts-Martial Appeal Court] that, if service factors are to be seen as an aspect or function of the public interest, they will themselves require that the court-martial process should be, and should be seen to be, fair and impartial and, so far as possible,

to achieve accurate results. Otherwise both servicemen and the public would lose confidence in it, with consequential effects on good order and discipline.

Having regard in particular to the additional information which was not before the European Court, I would therefore hold that the safeguards built into the system are indeed such that no fair-minded and informed observer who had considered them would conclude that there was a real possibility that the courts-martial in these cases lacked independence or impartiality in this respect. In other words they were, objectively, independent and impartial. I would accordingly reject the Article 6 challenge based on the role of the officer members."

76. Finally, Lord Rodger turned to the reviewing authority and to the finding in *Morris* that the role played by that authority constituted in itself a reason for finding that a court-martial had not been independent or impartial. Lord Rodger did not agree. Indeed, he noted that even the appellants before him had difficulty in supporting the Chamber's reasoning in *Morris* on this point. He continued:

"The reviewing authority is, admittedly, an unusual institution. It does not operate like an ordinary court and, at a certain level of abstract theory, its existence could seem to be inconsistent with the charge against an accused being determined by only a system of 'tribunals'. That appears to be the way in which the European Court has treated it. But if, as the court indicates, the issue can also be characterised as relating to the independence of the court-martial, I find it difficult to see how the existence of this body affects that independence. It might, of course, be different if there were any suggestion that the decisions of the courts-martial were influenced by the existence of the reviewing authority, for example, because they tended to convict more readily or to impose heavier sentences in the knowledge that the reviewing authority could always quash them. But [the appellants] made no such submission and there is nothing whatever in the information before the House that would support it. On the contrary, [the appellants] accepted that the provision for review could only be to the benefit, and not to the detriment, of someone who had been convicted. In particular, it could provide a quick and simple means of correcting a mistaken decision by a court-martial.

...

In reaching its conclusion on this point the European Court was particularly concerned by the fact that the decision as to whether any substituted sentence was more or less severe than that imposed by the court-martial would have been left to the discretion of the reviewing authority. When making this observation the Court does not appear to have been referred to, or to have had in mind, the coda to section 71(1) of the [1955 Act] which establishes, as a matter of law, the relative positions of particular punishments in the hierarchy of punishments set out in the subsection and which deals specifically with how detention and imprisonment are to relate to one another. Particularly when these provisions are taken into account, it is hard to see how, in reality, there is likely to be any scope for the reviewing authority to exercise the kind of discretion that appears to have troubled the European Court. In truth, counsel could refer to no case where any problem as to the relative severity of two punishments had arisen. If, by chance, however, the reviewing authority were to go wrong on the point, the person affected could ask the appeal court for leave to appeal.

In all the cases under appeal except [one], the reviewing authority did not intervene, but the appellants were granted leave to appeal to the [Courts-Martial Appeal Court].

Where they had other arguable grounds of appeal relating to conviction or sentence, the [Courts-Martial Appeal Court] dealt with them, as well as with the Article 6 grounds, in their reasoned judgments. In these circumstances I am, with due respect to the decision of the European Court in *Morris v. the United Kingdom*, unable to see why the mere existence of the reviewing authority, or the reduction of [a] period of detention [in one case], should lead to the conclusion that the determination of the charges against the appellants was not reached by a 'tribunal' that was 'independent and impartial' for the purposes of Article 6. I would therefore reject the appellants' Article 6 argument based on the role of the reviewing authority."

### **E. Relevant statistics**

77. In 2002 the rate of acquittals in contested RAF courts-martial was 52%. The rate of acquittals in contested Crown Court trials has been:

Year ending in March 1999: 42.8%

Year ending in March 2000: 42.8%

Year ending in March 2001: 44.3%

Year ending in March 2002: 42%

Year ending in December 2002: 37.4%

## **THE LAW**

78. The applicant complained under Article 6 § 1 of the Convention that his court-martial, structured as it was under the 1996 Act, lacked independence and impartiality and that the proceedings before it were consequently unfair. The relevant parts of Article 6 § 1 read as follows:

"In the determination ... of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair ... hearing ... by an independent and impartial tribunal ..."

### **I. ADMISSIBILITY OF THE COMPLAINT**

79. Other than arguing that the complaint was manifestly ill-founded, the Government did not raise any other objection to its admissibility.

80. It is not disputed that the final decision in the proceedings was that of the Courts-Martial Appeal Court of 5 February 1999. The complaint was introduced on 8 June 1999 and, therefore, within the six-month time-limit set down by Article 34 of the Convention. Moreover, the Court considers, given the nature of the charge (theft contrary to the Theft Act 1968) together with the nature and severity of the penalty imposed (fifty-six days' imprisonment), that the court-martial proceedings constituted the determination of a criminal charge against the applicant (see *Engel and Others*, cited-above, pp. 34-35, §§ 82-83, and, more recently, *Ezeh and Connors v. the United Kingdom* [GC], nos. 39665/98 and 40086/98, §§ 69-130, ECHR 2003-X).

81. The Court considers that the applicant's complaint raises questions of law which are sufficiently serious that its determination should depend on an examination of the merits, and no other grounds for declaring it inadmissible have been established. The Court therefore declares the complaint admissible. In accordance with its decision to apply Article 29 § 3 of the Convention (see paragraphs 6 and 9 above), the Court will immediately consider the merits of the complaint.

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

### A. The applicant's submissions

82. The applicant accepted that the 1996 Act had addressed some of the concerns expressed by the Court in *Findlay v. the United Kingdom* (judgment of 25 February 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I). However, he maintained that the post-1996 court-martial system remained incompatible with the independence and impartiality and, consequently, the fairness requirements of Article 6 § 1 of the Convention. In so submitting, he disagreed with certain of the Court's conclusions in *Morris* (cited in paragraph 64 above), although he endorsed those concerning the ordinary members of a court-martial and the reviewing authority.

83. More generally, he maintained that service tribunals should have no role to play in the trial of criminal charges against service personnel in times of peace given the nature and ethos of the armed forces. Referring to a judgment of the Supreme Court of the United States (*Reid v. Covert* 354 U.S. 269, at p. 1240), he pointed to the armed forces' emphasis on harsh discipline and efficiency as opposed to the protection of individual rights and underlined the pressures flowing from chain-of-command connections (past or present), from rank superiority and, at the very least, from general service influences on all service personnel involved in the courts-martial process who were clearly concerned about their pay, promotion and service career prospects. These factors alone gave rise, in the applicant's opinion, to legitimate doubts about the ability of an armed forces' tribunal to try its personnel on criminal charges independently and impartially.

84. In the alternative, he argued that his court-martial, convened in accordance with the 1996 Act, lacked independence and impartiality.

85. He submitted that the higher authority only served to allow a Royal Air Force (RAF) officer who was not legally qualified to interfere with the prosecution process by sending a case back to an equally unqualified commanding officer (CO) for summary trial. He also suggested that the higher authority was the equivalent of the former "convening officer". He submitted, without expanding further, that the higher authority and the CO were in a direct chain of command.

86. He also argued that the prosecuting authority was part of the “legal branch” which gave “general advice” to the service authorities, so that its officers were subjected to pressures in relation to career prospects and discipline. The officers carrying out the functions of the prosecuting authority were also likely to be subordinate in rank to, and subjected to pressure from, the higher authority.

87. The applicant considered that the manner in which the court administration officer (CAO) selected members of courts-martial lacked transparency and did not have the independence and impartiality of the prior volunteer system.

88. He further observed that the permanent president of courts-martial was not legally qualified and argued that a permanent president would be “case-hardened”. Being of superior rank to the ordinary members of a court-martial, a permanent president would necessarily dominate them. Moreover, the applicant was not convinced that the permanent president at his court-martial had not been influenced by the procedure by which permanent presidents were reported on.

89. As to the judge advocate, the applicant considered that paragraph 21 of the briefing notes (see paragraph 54 above) demonstrated the kind of dangers inherent in the practice of a judge advocate sitting amongst members of courts-martial.

90. The applicant further argued that the ordinary members of his court-martial were in the same position as those in the court-martial in issue in *Morris*, so that the Grand Chamber should conclude in the present case that there were inadequate safeguards to exclude the risk of outside pressure and influence on them.

There were, in the applicant’s opinion, no new relevant facts before the Grand Chamber in the present case justifying a departure from that conclusion in *Morris*. It was the applicant’s belief that the Courts-Martial Administration Unit (RAF) briefing notes submitted by the Government had been drawn up after the judgment in *Morris* had been delivered and did not resemble those applicable during his court-martial in February 1998. While there had been various versions of the briefing notes in circulation prior to *Morris*, those existing at the time of his court-martial “may well have” contained a requirement that court-martial members make allowance for the inadequacies of young and inexperienced service prosecuting lawyers compared to the experienced civilian defence lawyers, the applicant indicating that his legal representative’s attention had previously been drawn to such requirements. The existence of the offence of perverting the course of justice would have been clear to the Court in *Morris* and, in any event, such an offence could not insulate ordinary members from outside influences and pressures which were subtle, context-related and did not concern a particular act or gesture.



91. Finally, the applicant maintained that the power of the reviewing authority to interfere with the findings of a court-martial constituted a further reason to conclude that his court-martial did not satisfy the requirements of Article 6 § 1. He relied on *Findlay* and *Morris*, cited above, and *Brunărescu v. Romania* ([GC], no. 28342/95, §§ 61-62, ECHR 1999-VII) and argued that the House of Lords had misapplied this Convention case-law. He also maintained that the review would not always operate in favour of a convicted person: a court-martial would adjust its sentences upwards in anticipation of a later reduction by the reviewing authority; the Courts-Martial Appeal Court was heavily influenced by the views on sentence and on any relevant service factors expressed by the Judge Advocate General and by the reviewing authority itself (see *R. v. McKendry*, cited above); the reviewing authority had the power to quash the findings of the court-martial and authorise a retrial and, while the prosecuting authority could then decide not to prosecute, the reviewing authority “set the pace” on retrials (see *R. v. Hollby-Smith*, cited above), a process not always beneficial to the individual; and the reviewing authority could make mistakes (see *R. v. Ball* and *R. v. Rugg*, cited above).

## **B. The Government’s submissions**

92. The Government noted that, in *Morris*, the Court had rejected the applicant’s general argument (as had the House of Lords) that service tribunals could not try service personnel on criminal charges consistently with Article 6 of the Convention. The core question in *Morris* and the present case was not whether military tribunals were acceptable under Article 6 in times of peace or war but rather whether the applicant had obtained a fair trial by an independent and impartial tribunal within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention, and the Government maintained that he had.

93. In so submitting, the Government relied on the Court’s conclusions in *Morris*, apart from those concerning the ordinary members of courts-martial and the reviewing authority. In these latter respects, the Government preferred the conclusions of the House of Lords in *R. v. Boyd and Others*, cited above. The Government explained that the complaints in *Morris* had been broad and that they had therefore attempted to select the most relevant material for the Court. However, with hindsight they realised that, regrettably, they had omitted to submit to the Court three important items of information (the clarification that ordinary members are not reported on as regards their judicial decision-making; the Courts-Martial Administration Unit (RAF) briefing notes for members of courts-martial; and the coda to section 71(1) of the 1955 Act). It was this material

which later enabled the House of Lords to reach conclusions concerning ordinary members of courts-martial and the reviewing authority different from those in *Morris*.

94. The Government pointed out that the role of the higher authority was clearly defined and important, in that it allowed service considerations to be applied to the question of whether a charge should be referred back to the CO or be sent on to the prosecuting authority for a decision as to whether there should be a prosecution at all. The applicant's submission that the higher authority was superfluous and his reliance on the fact that it was not legally qualified were irrelevant to the question of the independence and fairness of a court-martial, and his arguments that it was the equivalent of the former "convening officer" and interfered with the prosecuting authority were plainly incorrect. The Government did not understand the applicant's suggestion that the higher authority was in a chain of command: in any event, it was not the higher authority who took the decision to prosecute.

95. The Government underlined that the prosecuting authority was answerable to the Attorney General as regards the prosecuting function and delegated his prosecution functions to legal officers who formed a discrete group employed solely on prosecuting duties. The reporting processes as regards the prosecuting authority and his legal officers were entirely consistent with the requirements of independence of function. The prosecuting authority was wholly independent of the chain of command and of the judiciary, as were his legal officers and, in any event, those legal officers were subject to professional codes of conduct obliging them to act independently and in the interests of justice. There was nothing to suggest that such legal officers were under any pressure or influence in relation to their career that could conceivably call into question their independence.

96. The court administration officers (CAOs) in the RAF and the army being identical in every material respect, the Government relied on the Court's conclusions in *Morris* (§ 66).

97. As to the method of selection of the members of the applicant's court-martial by the CAOs, there was, according to the Government, no evidence to suggest that there had been any interference by air-force command in that selection process and, given the fixed criteria for selection, there was no reason to doubt the independence of the court-martial either by reason of the position of the CAO or because of the manner in which members of the court-martial had been appointed.

98. The Government also underlined that permanent presidents worked outside of the service chain of command and that the post of permanent president was found in *Morris* to constitute "a significant guarantee of independence". The judge advocate was also described in *Morris* as an "important guarantee" of independence (§§ 69 and 71).

99. The Government then turned to the two matters on which the House of Lords in *R. v. Boyd and Others* had departed from the Court's conclusions in *Morris*: the position of the ordinary members of courts-martial and the role of the reviewing authority.

100. The Government disputed the three reasons given in *Morris* for concluding that there were insufficient safeguards to exclude the risk of outside pressure on ordinary officer members of courts-martial.

In the first place, the ordinary members in the applicant's court-martial had had some legal training (see paragraph 12 above). In any event, four of the six officers sitting in the court-martial in *Engel and Others*, cited above, had no legal training. Moreover, drawing a parallel between jurors and the ordinary members of courts-martial (all without legal training and guided by binding rulings on points of law from the trial judge and judge advocate respectively), the Government pointed out that this Court had never suggested that the determination of guilt by lay jurors was incompatible with Article 6 § 1 of the Convention. Furthermore, armed with the Courts-Martial Administrative Unit (RAF) briefing notes and the instructions of the judge advocate, the ordinary members would have had a very clear idea of their role and duties at the court-martial.

Secondly, it was true that members of the court-martial remained subject to air-force discipline in the general sense because they remained air-force officers. However, members of courts-martial did not remain subject to service discipline in relation to their judicial decision-making, so that any reporting by the service authorities on them had to, and did in the applicant's case, exclude any comment on the carrying out by them of their duties as members of a court-martial. This was the position in *Morris*, and the Government regretted that this information had not been before the Court when it examined that case. Accordingly, the fact that ordinary members remained subject to air-force discipline did not undermine their independence (the Government referred to *Engel and Others*, cited above, pp. 12-13, § 30).

Thirdly, in the Government's opinion, there were clearly sufficient safeguards of the independence of the decision-making of the ordinary members of courts-martial. Perverting or attempting to pervert the course of justice was a common-law criminal offence and an offence under section 69 of the 1955 Act. The deliberations during which the members of the court-martial voted were confidential. Each member took an oath. As with civilian jurors, there was a reasonable expectation that the ordinary members would comply with the binding directions given by the judge advocate to try the case and give a true verdict according to the evidence and without prejudice (see *Pullar v. the United Kingdom*, judgment of 10 June 1996, *Reports* 1996-III, and *Gregory v. the United Kingdom*, judgment of 25 February 1997, *Reports* 1997-I). The Government

emphasised the content, and distribution to each court-martial member, of the Courts-Martial Administration Unit (RAF) briefing notes. The Government could not locate the actual briefing notes applicable at the time of the applicant's court-martial but submitted those in force in July 1999, which they stated made only minor changes to those notes in force in February 1998. According to the Government, the notes reinforced the message, proclaimed in the oath, that members were at all times to act independently and impartially and they had the effect of preventing members feeling, or coming under, any outside pressure during or after the trial. These notes had been sufficient to convince the House of Lords that ordinary members were sufficiently protected against outside influence and the Government regretted that this material had not been put before the Court when it examined the *Morris* case.

101. The Government accepted that the reviewing authority was an anomalous and unusual institution. However, this body offered certain advantages: every court-martial was automatically reviewed; a review operated more quickly (normally within thirty days) than an appeal to the Courts-Martial Appeal Court, so that the review would be finalised prior to a short sentence having been already served; and it was beneficial to good discipline that the services were seen to put matters right quickly if something went wrong during the court-martial.

102. Apart from these advantages, the Government underlined, as did Lord Bingham and Lord Rodger in *R. v. Boyd and Others*, that the review could only operate to the benefit of an accused as a result of the detailed hierarchy of punishments set out in the coda to section 71(1) of the 1955 Act. They regretted that they had not brought this coda to the Court's attention during its examination of the *Morris* case. If the accused considered that the reviewing authority had, nevertheless, substituted a sentence more severe than that of the court-martial, he could bring this before the Courts-Martial Appeal Court. The fact that all post-court-martial matters remained open to the Courts-Martial Appeal Court, an independent tribunal, distinguished the case from the situation in issue in *Brumărescu*, cited above.

103. Accordingly, the Government concluded that the role of the reviewing authority did not diminish or undermine the independence or impartiality of courts-martial.

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

#### *1. Relevant principles and case-law*

104. The Court reiterates that, in order to establish whether a tribunal can be considered "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 to the question whether the body presents an appearance of independence.

In this latter respect, the Court also reiterates that what is at stake is the confidence which such tribunals in a democratic society must inspire in the public and, above all, as far as criminal proceedings are concerned, in the accused. In deciding whether there is a legitimate reason to fear that a particular court lacked independence or impartiality, the standpoint of the accused is important without being decisive. What is decisive is whether his doubts can be held to be objectively justified (see *Findlay*, cited above, p. 281, § 73, and *Incal v. Turkey*, judgment of 9 June 1998, *Reports* 1998-IV, pp. 1572-73, § 71).

There are two aspects to the question of "impartiality": the tribunal must be subjectively free of personal prejudice or bias, and must also be impartial from an objective viewpoint in that it must offer sufficient guarantees to exclude any legitimate doubt in this respect (see *Findlay*, cited above, p. 281, § 73). The Court notes that the present applicant did not suggest that anyone involved in his court-martial process was subjectively biased against him.

Since the concepts of independence and objective impartiality are closely linked, the Court will consider them together in the present case (*ibid.*).

105. In *Findlay*, the Court concluded that the applicant's misgivings about the independence and impartiality of his army court-martial, convened prior to the entry into force of the 1996 Act, had been objectively justified. The Court was mainly concerned about the conflicting roles of the "convening officer" in the proceedings: he had 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" after the trial, so that a court-martial's verdict and sentence were not effective until "confirmed" by that officer.

106. In the subsequent *Morris* case (also cited above), a Chamber of the Court examined concerns expressed about the structural independence and objective impartiality of an army court-martial convened following the entry into force of the 1996 Act.

The Court found that service tribunals could in principle determine criminal charges against service personnel consistently with Article 6 § 1 of the Convention, although such tribunals would only be tolerated as long as sufficient safeguards were in place to guarantee their independence and impartiality (see *Morris*, § 59). It was also found that the 1996 Act had gone a long way towards meeting the concerns expressed in *Findlay*, abolishing as it did the posts of "convening officer" and "confirming

officer” and separating the prosecution, convening and adjudication elements of the court-martial process (*ibid.*, §§ 61 and 62). The Court further found that the independence of the court-martial was not undermined by the manner of appointment of its members (*ibid.*, § 66).

However, and while considering the permanent president to be a “significant guarantee of independence” and the presence of the judge advocate to be an “important guarantee”, these and other safeguards (rules on eligibility for selection and the oath taken by members) were considered insufficient by the Court to exclude the risk of outside pressure being brought to bear on the ordinary officer members (see *Morris*, §§ 69-72). Further, the Court found that the principle that a tribunal’s binding decision should be unalterable by a non-judicial authority had been breached by the role of the reviewing authority, a principle which had been considered in *Findlay* (cited above) to be a component of the “independence” guarantee of Article 6 § 1 of the Convention.

## 2. *Application of those principles to the present case*

107. The parties agreed that the relevant regulatory frameworks governing army and RAF courts-martial, which were in issue in *Morris* and in the present case, were the same in all material respects. However, they considered the Court’s conclusions in *Morris* (see paragraph 106 above) to be incorrect. The applicant disagreed with the first three of those conclusions, considering that these matters remained problematic under the 1996 Act. The Government preferred the conclusions of the House of Lords in *R. v. Boyd and Others* to those of the Court in *Morris* as regards the independence of the ordinary members and the role of the reviewing authority.

In examining the independence and impartiality of the present applicant’s court-martial, the Grand Chamber has examined the parties’ submissions on each of the Chamber’s conclusions in *Morris* and assessed whether there are good reasons to depart from those conclusions (see *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, § 74, ECHR 2002-VI), bearing in mind, in particular, the information and material before it which had not been submitted to the Chamber in *Morris*.

### (a) **Service tribunals and Article 6 of the Convention**

108. The first point to be considered is whether a service tribunal can try criminal charges against service personnel consistently with the independence and impartiality requirements of Article 6 § 1 of the Convention.

109. The Court reiterates that the independence and impartiality of service tribunals was examined in *Engel and Others* and *Findlay* and in certain subsequent judgments (including *Coyne v. the United Kingdom*,

judgment of 24 September 1997, *Reports* 1997-V, *Hood v. the United Kingdom* [GC], no. 27267/95, ECHR 1999-I, and *Cable and Others v. the United Kingdom* [GC], nos. 24436/94 et seq., 18 February 1999). In those cases, the Court examined in detail the structure and functioning of the relevant court-martial process, but neither the parties to those cases nor the Court raised the more fundamental question of whether service tribunals could ever determine criminal charges against service personnel consistently with the independence or impartiality requirements of Article 6 § 1 of the Convention.

110. The Grand Chamber agrees with the Chamber's finding in *Morris* (§ 59) that there is nothing in the provisions of Article 6 which would, in principle, exclude the determination by service tribunals of criminal charges against service personnel. The question to be answered in each case is whether the individual's doubts about the independence and impartiality of a particular court-martial can be considered to be objectively justified and, in particular, whether there were sufficient guarantees to exclude any such legitimate doubts (see paragraph 104 above).

**(b) The higher authority, the prosecuting authority and the CAO**

111. The Court has, in the first instance, assessed the independence and impartiality of those bodies involved in the proceedings prior to the court-martial hearing itself, namely, the higher authority, the prosecuting authority and the CAO.

112. While the higher authority decides on the basis of service considerations whether a charge should be brought before the prosecuting authority, it is the prosecuting authority which decides whether a prosecution by court-martial should be pursued or not. The 1996 Act has not conferred on the higher authority, and there is no evidence that the higher authority fulfils, any other role in the pursuit of charges by court-martial. Since the decision to prosecute by court-martial is one exclusively for the prosecuting authority, it is not relevant to the independence of the court-martial process whether the higher authority is legally qualified or not or whether there is a chain-of-command connection between that authority and the CO. The applicant's suggestion that the higher authority is the equivalent of the former "convening officer" is clearly incorrect.

113. The prosecuting authority is appointed by the Queen and is legally qualified. Members of his staff are legally qualified and are employed exclusively on prosecution duties. The decision to prosecute is made on the basis of legal criteria similar to those applied by the Crown Prosecution Service and in accordance with the codes of conduct of the respective branches of the legal profession. While the prosecuting authority is also the RAF Director of Legal Services, he is answerable to the Attorney General only, and is not reported on within the service on his

prosecution duties. There being no chain of command or service connection between the higher and prosecuting authorities either claimed or apparent, any seniority in rank of the higher authority over the prosecuting authority would not be sufficient to conclude, as the applicant suggests, that the latter is “likely to” be influenced by the former.

114. It is true that the CAOs are RAF officers appointed by the Defence Council. However, the applicant did not dispute that a CAO operates independently of the higher and prosecuting authorities, a conclusion also reached in *Morris* (§§ 61 and 66). Moreover, the CAO’s duties are largely administrative in nature, requiring the CAO to take steps which have been regulated in some detail in the 1955 Act, the 1997 Rules and the Queen’s Regulations to ensure that a court-martial hearing takes place with the necessary persons in attendance and with the required facilities in place. As to the more significant and sensitive task of selecting members of a court-martial, the detailed criteria and procedures to be followed by a CAO (see paragraphs 34-35 above) allow that officer little discretion in that selection and rebut the applicant’s claim that the selection process lacks transparency. In addition, these criteria expressly exclude from a court-martial any officer from the accused’s RAF station and any of his COs, as well as any officer who has been involved in the investigation and prosecution of the charges or in the convening of a court-martial. Furthermore, all officers selected to sit are reminded in the Courts-Martial Administration Unit (RAF) briefing notes received by them (see paragraphs 45-62 above) of these and any other factors that could render them ineligible, and members are encouraged to inform the CAO prior to the trial (or the judge advocate once the trial has started) if they are worried that they may be ineligible.

115. For these reasons, the Grand Chamber finds that the applicant’s submissions concerning these three bodies do not cast any doubt on the Chamber’s findings in *Morris* (§§ 61-62) as to the genuineness of the separation of the prosecuting, convening and adjudicating roles in the court-martial process under the 1996 Act. The Grand Chamber further considers that there is no reason to doubt the independence of the decision-making of those bodies from chain-of-command, rank or other service influence.

**(c) The members of the court-martial**

116. The Court has also examined the position of the members of the court-martial, having regard to the manner of their appointment, their terms of office, the existence of guarantees against outside pressures and whether the court-martial presents an appearance of independence (see paragraph 104 above).



*(i) The judge advocate*

117. The judge advocate is a legally qualified civilian appointed to the staff of the Judge Advocate General (also a civilian) by the Lord Chancellor and from there to each court-martial by the Judge Advocate General. The independence of air-force judge advocates is not questioned by the applicant, and the Court considers that there is no ground to do so.

Moreover, a judge advocate has a central role in the court-martial proceedings which, like Lord Rodger in *R. v. Boyd and Others*, the Grand Chamber would compare to that of a Crown Court trial judge. The judge advocate is responsible for the fair and lawful conduct of the court-martial and his rulings on the course of the evidence and on all questions of law are binding and must be given in open court. The judge advocate has no vote on verdict and does not therefore retire with the other court-martial members to deliberate on verdict. However, he sums up the evidence and delivers further directions to the other members of the court-martial beforehand, and he can refuse to accept a verdict if he considers it “contrary to law”, in which case he gives the president and ordinary members further directions in open court, following which those members retire again to consider verdict. The judge advocate retires with the other members in order to provide advice, deliberate and vote on sentence. Moreover, and as Lord Rodger also noted (see paragraph 72 above), there is no evidence to suggest that members (the permanent president and the ordinary members) of a court-martial would be less diligent than civilian jurors in complying with binding rulings and directions on points of law given to them.

In such circumstances, the Court finds that the presence in a court-martial of a civilian with such qualifications and with such a pivotal role in the proceedings constitutes not only an important safeguard but one of the most significant guarantees of the independence of the court-martial proceedings.

*(ii) The permanent president*

118. The Grand Chamber, like the Chamber in *Morris* (§§ 68-69), considers certain factors illustrative of both the permanent president’s independence and the important contribution of the post of permanent president to the independence of an otherwise *ad hoc* tribunal.

Most importantly, the Court observes that, while the permanent president is a serving officer, the post was a full-time one filled by a high-ranking officer (wing commander) for a number of years prior to his retirement, at a time when that officer had “no effective hope of promotion” (in the words of Lord Bingham – see paragraph 66 above). Such factors were considered demonstrative of the independence of the military members of the court-martial in *Engel and Others* (cited above, pp. 12-13, § 30 and p. 37, § 89).

The Court does not accept the applicant's suggestion that the full-time nature of the post of permanent president would undermine the objectivity of that officer's judgment (see paragraph 88 above). Since the permanent president was bound by the legal rulings and directions of the judge advocate, the permanent president's lack of legal qualifications did not undermine his independence or the guarantee of independence provided by that post. While he may have been more senior in rank to the ordinary members, he could not brief them in the absence of the judge advocate and, although he deliberated on verdict alone with the ordinary members, the judge advocate exercised firm control over those deliberations both before and after they took place (see paragraphs 29 and 117 above).

It is true that, in contrast to the army, appraisal reports were prepared on permanent presidents in the RAF and the Court would echo the concerns expressed by Lords Bingham and Rodger in this regard. However, the essential point for present purposes is that no appraisal report had been drawn up on the present permanent president since August 1997 and, crucially, such reports could not have referred to that officer's judicial decision-making. As Lord Bingham pointed out (see paragraph 66 above), permanent presidents were answerable to no one in the discharge of their court-martial functions.

It is also true that there was no express provision for their irremovability and that express security of tenure would be preferable, as such a domestic provision is generally considered to be a corollary of judges' independence. However, its absence can be cured if irremovability is recognised in fact and if 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, and *Morris*, cited above, § 68). In this respect, the Court notes the finding of Lord Bingham (see paragraph 66 above) that a permanent president had "no effective fear of removal", and it is not disputed that a permanent president has never been removed from office.

(iii) *The ordinary members*

119. The Court considers it clear that, having regard to the matters outlined in paragraph 114 above, there was no reason to doubt the independence of the ordinary members by reason of the position and role of the CAO or because of the manner in which the CAO appointed them.

120. The Grand Chamber has noted the *ad hoc* nature of their appointment (they return to ordinary service immediately after the court-martial) and their relatively junior rank (they were junior in rank to the permanent president and may have been junior in rank to other participants in the court-martial process, including the prosecuting authority). While such tenure and rank may not in themselves undermine their independence, it is considered, as it was in *Morris* (§ 70), that

such factors emphasise the need for particularly convincing safeguards against outside pressure being brought to bear on those officers.

121. In *Morris*, the Chamber went on to find important the protection offered by the judge advocate, the permanent president and the rules concerning eligibility for selection to a court-martial and the oath taken by its members. Other safeguards were also referred to in *Morris*, including the right of the accused to object to any member sitting in the court-martial (see paragraph 38 above); the confidentiality of the deliberations, a point repeated in the members' oath (see paragraph 38 above); and the rule whereby the member most junior in rank expresses his or her view and votes first during deliberations on verdict and sentence (see paragraphs 39, 58 and 60 above). Moreover, the Grand Chamber considers that the possibility of a prosecution for perverting the course of justice under the common law or under section 69 of the 1955 Act (see paragraph 36 above) was implicit in the Chamber's assessment in *Morris*.

The Grand Chamber agrees that these constitute important safeguards of the independence of the ordinary members.

122. Nevertheless, the Chamber concluded in *Morris* that these safeguards were not sufficient to exclude the risk of outside pressure being brought to bear on the ordinary members because of three factors: those officers had no legal training, there were no statutory or other bars to their being made subject to external service influence and they remained subject to army discipline and reports (§§ 71-72).

The Grand Chamber is of the view that the submissions and material before it in the present case are such as to justify it in departing from this latter conclusion in *Morris*.

123. As to the lack of legal qualification of the ordinary members, the Court reiterates that the participation of lay judges on tribunals is not, as such, contrary to Article 6: the principles established in the case-law concerning independence and impartiality are to be applied to lay judges as to professional judges (see *Langborger v. Sweden*, judgment of 22 June 1989, Series A no. 155, p. 16, § 32; *Fey v. Austria*, judgment of 24 February 1993, Series A no. 255-A, p. 12, §§ 27, 28 and 30; and *Holm v. Sweden*, judgment of 25 November 1993, Series A no. 279-A, p. 14, § 30).

The Court does not find particularly relevant the fact that the ordinary members in the applicant's court-martial attended brief legal courses. However, it notes the instruction provided to the ordinary members by the Courts-Martial Administration Unit (RAF) briefing notes (see paragraphs 45-62 above and 124 below). The Court also refers to the key role of the legally qualified and experienced judge advocate, whose directions the ordinary members would be careful to respect (see paragraph 117 above). In such circumstances, the Court considers that the independence of the ordinary members is not undermined by their lack of legal qualifications.

124. Secondly, the submissions to the Court in the present case have disclosed an additional safeguard of the independence of the ordinary members.

The Government relied on the Courts-Martial Administration Unit (RAF) briefing notes distributed to all members of the applicant's court-martial. Admittedly, the actual notes applicable on that date could not be located by the Government, who merely asserted that the notes outlined in paragraphs 45-62 above were similar in all substantive respects to those actually distributed to members of the applicant's court-martial. However, in the absence of any precise and substantiated challenge to this assertion, the Court does not see any reason to doubt that the notes submitted to it in the present case were similar in all material respects to those actually distributed to members of the applicant's court-martial in February 1998. Moreover, the Court considers these notes to be genuine instructions to the members of courts-martial by which they were expected to abide.

The notes provided a detailed step-by-step guide to the ordinary members of the procedures before a court-martial. They also constituted a comprehensive manual of the nature and limits of their role in those proceedings and, importantly, of the precise functions of the judge advocate and permanent president. The Court considers that the briefing notes thereby provided essential information and important orientation to officers who were appointed on an *ad hoc* basis to a court-martial and who had no legal qualifications and relatively little court-martial experience.

Further, the provisions of the briefing notes fully instructed ordinary members of the need to function independently of outside or inappropriate influence or instruction, and of the importance of this being seen to be done, providing practical and precise indications of how this could be achieved or undermined in a particular situation. The Court considers that those instructions served not only to bring home to the members the vital importance of independence but also to provide a significant impediment to any inappropriate pressure being brought to bear.

Accordingly, the Grand Chamber is of the opinion that the distribution and content of these briefing notes constituted a further safeguard of the independence of the ordinary members, a safeguard of which the Chamber was not informed when it examined the *Morris* case.

125. Thirdly, the Court finds most important the Government's clarification in the present case that ordinary members of a court-martial could not be reported on in relation to their judicial decision-making. As Lord Bingham pointed out in *R. v. Boyd and Others*, the prohibition on the members disclosing any opinion expressed or vote cast during the court-martial proceedings presented a practical obstacle

to such reporting. The Court also notes that the evidence submitted by the appellants and the Ministry of Defence to the House of Lords produced no example of any reporting on the decision-making of the members of a court-martial (see paragraph 75 above).

126. For these reasons, the Court finds that there were sufficient safeguards of the independence of the ordinary members of the applicant's court-martial.

**(d) The reviewing authority**

127. The Government contested the finding in *Morris* on the role of the reviewing authority: they emphasised that such a review could only operate to the benefit of the convicted person and that that person would retain full access to the Courts-Martial Appeal Court thereafter. The applicant relied on *Brumărescu, Findlay* (p. 282, §§ 77 and 79) and *Morris* (§§ 73-77), cited above. He pointed out that, in any event, such reviews did not always operate in favour of the accused.

128. In the Court's opinion, the judgments in *Van de Hurk v. the Netherlands* (19 April 1994, Series A no. 288, p. 16, § 45, and p. 17, § 50) and *Findlay* (p. 282, § 77, and p. 276, § 52) make it clear that it is the power of a non-judicial authority to interfere with the findings of a court-martial for which the 1996 Act provides which is to be examined by this Court, irrespective of whether that power was in fact used or whether that power could only have been exercised in the applicant's favour.

129. In the post-1996 system under review in the present case, a court-martial reached a verdict and decided on sentence. Whether or not an individual applied to the reviewing authority, the latter would automatically review both the verdict and sentence. Subsequently, the individual could appeal against the verdict and sentence to the Courts-Martial Appeal Court. Consequently, the reviewing authority formed part of a process at the end of which the verdict and sentence became final. The Court therefore agrees with the Government that this can be contrasted with the position in *Brumărescu*, where the applicant had been deprived of the benefit of the legal certainty of a judicial decision which had already become final, irreversible and thus *res judicata*.

130. The Court further considers, as did Lords Bingham and Rodger in the House of Lords, that the reviewing authority is an anomalous feature of the present court-martial system and expresses its concern about a criminal procedure which empowers a non-judicial authority to interfere with judicial findings.

131. Nevertheless, the Court notes that the final decision in court-martial proceedings will always lie with a judicial authority, namely the Courts-Martial Appeal Court. This is the case even if a reviewing authority quashes a verdict and authorises a retrial: even if the pro-

secuting authority were to decide to bring a fresh prosecution and even if a court-martial were to refuse to stay those further proceedings as an abuse of process, the final review of any new conviction and sentence would remain with the Courts-Martial Appeal Court.

In *Van de Hurk*, cited above, the Court did not exclude that the Crown's power to deprive a court's judgment partially or completely of its effect could have been remedied by a subsequent review by a judicial body that afforded all the guarantees required by Article 6, although no such review was found to exist in that case. The appeal to the Courts-Martial Appeal Court was not considered sufficient in *Findlay*, since the applicant had pleaded guilty at first instance and no appeal lay against sentence only to the Courts-Martial Appeal Court.

132. The Court regards as unsubstantiated the applicant's assertion that courts-martial adjust sentences upwards in anticipation of the reviewing authority's assessment. Moreover, it does not consider persuasive his submission that the Courts-Martial Appeal Court would be unduly influenced by the decision of the reviewing authority: the essential fact is that the Courts-Martial Appeal Court is not in any way bound by the advice to, or the decision of, the reviewing authority. Indeed, one of the domestic cases on which the applicant relied (*R. v. Ball and R. v. Rugg*, cited above) resulted in the Courts-Martial Appeal Court overturning the finding on sentence of the reviewing authority.

133. Accordingly, the Court finds that the role of the reviewing authority did not, in the circumstances of the present case, breach the principle outlined in paragraph 106 above and, in particular, did not undermine the independence or impartiality of the applicant's court-martial.

**(e) Conclusion**

134. In all of the above circumstances, the Court concludes that the applicant's misgivings about the independence and impartiality of his court-martial, convened under the 1996 Act, were not objectively justified and that the court-martial proceedings cannot consequently be said to have been unfair.

There has therefore been no violation of Article 6 § 1 of the Convention.

**FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY**

1. *Declares* the application admissible;
2. *Holds* that there has been no violation of Article 6 § 1 of the Convention.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 16 December 2003.

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 concurring opinion of Mr Costa is annexed to this judgment.

L.W.  
P.J.M.

## CONCURRING OPINION OF JUDGE COSTA

(Translation)

Not without hesitation, I have fallen in with the majority opinion of my colleagues, which has thus in the end become unanimous.

I wish to give the following brief explanation of my reasoning.

In *Morris v. the United Kingdom* (no. 38784/97, ECHR 2002-I), which also concerned the procedure before a court-martial, albeit in the army, not, as here, in the air force, a Chamber of the Court, of which I was a member, unanimously found a violation of Article 6 § 1 of the Convention as regards the applicant's complaints relating to the general structure of the system. In the present case, on the contrary, the Court has held that there was no violation of Article 6.

The reasoning in *Morris* was based on the following considerations.

(a) There were not sufficient safeguards against the risk of outside pressures on the two members who, with the permanent president, made up the court-martial. The two officers concerned – both captains – had not received any legal training, remained subject to military discipline and assessment reports and were not insulated from army influence by any legal provision.

(b) The “reviewing authority”, a non-judicial body, automatically reviewed conviction and sentence and was empowered to quash them. Above all, it could reach any finding of guilt which could have been reached by the court-martial and substitute any sentence which would have been open to the court-martial, provided it was not more serious, although the assessment of what would constitute a more serious sentence was left to the discretion of the reviewing authority itself.

In reaching the opposite conclusion in *Cooper*, the Grand Chamber took other factors into consideration.

(a) As regards the two “ordinary” members of the court-martial – a flight lieutenant and a squadron leader – the Grand Chamber took the view that their lack of legal training was made up for by the directions given by the judge advocate (one of the most significant safeguards) and by the briefing notes drawn up by the RAF's Courts-Martial Administration Unit (an argument raised by the Government in the present case), which the Court considered to be an additional safeguard of which the Chamber was not aware when its judgment in *Morris* was delivered. The Grand Chamber also took into account another piece of additional information now supplied by the Government, namely that the members of a court-martial cannot be reported on in relation to their judicial decision-making.



(b) As regards the role of the reviewing authority, while taking the view that it constituted an anomalous feature of the present system, and expressing its concern about the possibility of a court's findings being varied by a non-judicial body, the Grand Chamber emphasised the role of the Courts-Martial Appeal Court, which was responsible for the final review of any new verdict or sentence and which was indeed a judicial body that afforded all the guarantees required by Article 6.

The above summary shows that there are certainly differences between *Morris* and *Cooper*. Some of these are to be found in the particular circumstances of each case; the others are explained by the fact that the respondent Government's submissions were more fully developed and more precise in the second case. Are these differences sufficient to justify reaching two opposite conclusions, separated by an interval of less than two years?

Ultimately, I think that they are. I still think that the intervention of the reviewing authority is anomalous, unfortunate and archaic, and that it would be desirable to put an end to the practice. But I would point out – and for me this is an important aspect in *Cooper* – that the reviewing authority's intervention did not in any way alter the verdict and sentence pronounced by the court-martial which tried Mr Cooper (see paragraph 13 of the judgment); ruling in this particular case, it would have been difficult for the Grand Chamber to uphold a complaint about a matter which had no bearing whatsoever on the outcome for the applicant. As regards the other complaint, the one concerning the “ordinary members” of the court-martial, without sharing completely my colleagues' conviction on this point (see paragraph 124), I accept that the briefing notes drawn up for the information of these officers were indeed capable of strengthening that independence to some extent.

In the final analysis, the whole system is rather complex, as shown *a fortiori* by a comparison with *Grieves*, concerning naval courts-martial. But the essential role of our Court in relation to fair trial is not to push member States towards simplification but to ensure that they comply with the guarantees of Article 6 § 1. As the file submitted to the Court in *Morris* stood, I considered that the respondent State had not done so, but on the basis of the file placed before the Court in *Cooper*, I can now find that it did.



COOPER c. ROYAUME-UNI  
*(Requête n° 48843/99)*

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 16 DÉCEMBRE 2003



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Indépendance et impartialité d'une cour martiale****Article 6 § 1**

*Tribunal indépendant – Tribunal impartial – Procédure pénale – Indépendance et impartialité d'une cour martiale – Décision des tribunaux militaires sur des accusations pénales – Séparation des fonctions de poursuite, de convocation et de décision – Rôle du judge advocate, civil doté de qualifications juridiques – Rôle du président permanent des cours martiales – Inamovibilité – Absence de qualification juridique des membres de la cour martiale – Portée des rapports d'évaluation sur les membres de la cour martiale – Garanties contre des pressions extérieures sur les membres de la cour martiale – Rôle d'une autorité non judiciaire s'agissant de modifier les conclusions d'une cour martiale – Rôle de la cour martiale d'appel*

\*  
\*   \*   \*

Le requérant, qui servait dans l'armée de l'air britannique (*Royal Air Force* – « la RAF »), fut reconnu coupable de vol par une cour martiale de district composée d'un président permanent, de deux officiers d'un grade inférieur et d'un *judge advocate*. Le président et les deux autres officiers n'avaient pas de qualification juridique mais avaient reçu un document d'information comportant des instructions détaillées sur la manière dont ils devaient se comporter. En tant qu'officiers de l'armée de l'air, ils faisaient l'objet de rapports d'évaluation de la part de leurs supérieurs hiérarchiques, mais ces rapports n'avaient pas trait à leurs décisions judiciaires. Le *judge advocate*, un civil doté de qualifications juridiques, veille au bon déroulement du procès et prononce des décisions obligatoires sur les points de droit et de procédure. Il ne participe pas aux délibérations ni au vote sur le verdict. L'autorité de contrôle, qui revoit automatiquement tous les verdicts de culpabilité et toutes les peines, informa le requérant que ni le verdict ni la peine prononcés ne seraient modifiés. Le requérant fut débouté de son recours devant la cour martiale d'appel.

Article 6 § 1: dans l'arrêt *Findlay*, la Cour a conclu que les appréhensions du requérant quant à l'indépendance et à l'impartialité de la cour martiale convoquée avant l'entrée en vigueur de la loi de 1996 sur les forces armées étaient objectivement justifiées, la principale préoccupation portant sur le rôle de l'« officier avocat » dans la procédure. Ultérieurement dans l'affaire *Morris*, la chambre a considéré que la loi de 1996 avait répondu pour une large part à ces préoccupations, que le mode de désignation des membres de la cour martiale ne portait pas atteinte à l'indépendance de la cour martiale et que le président

---

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

permanent et le *judge advocate* constituaient des garanties importantes. Elle a néanmoins conclu que ces garanties n'étaient pas suffisantes pour exclure le risque que des pressions extérieures ne s'exercent sur les autres membres de la cour. La chambre a aussi trouvé que le rôle de l'autorité de contrôle allait à l'encontre du principe voulant que la décision obligatoire rendue par un tribunal ne puisse être modifiée par une autorité non judiciaire. En l'espèce, la Grande Chambre a recherché s'il existait des motifs valables de s'écarter de ces conclusions, en gardant présents à l'esprit les informations et éléments qui n'avaient pas été produits devant la chambre dans l'affaire *Morris* et dont elle dispose désormais.

a) Tribunaux militaires – Rien dans les dispositions de l'article 6 n'interdit en principe que des tribunaux militaires jugent des membres des forces armées accusés d'avoir commis des infractions pénales. La question à trancher dans chaque affaire est donc celle de savoir si les doutes relatifs à l'indépendance et à l'impartialité d'une cour martiale donnée peuvent passer pour objectivement justifiés.

b) L'autorité supérieure, l'autorité de poursuite et l'officier administrateur à la cour – Tandis que l'autorité supérieure décide s'il y a lieu de transmettre une affaire à l'autorité de poursuite, c'est cette dernière qui détermine s'il faut ou non engager des poursuites. L'autorité supérieure n'a pas d'autre rôle en matière de poursuites et il n'est pas pertinent de savoir si celle-ci possède une qualification juridique ou s'il existe un rapport de commandement entre elle et le chef de corps de l'accusé. Le chef de l'autorité de poursuite et ses collaborateurs ont une qualification juridique, et la décision de poursuivre est prise en fonction de critères juridiques comparables à ceux appliqués dans le civil. Bien que le chef de l'autorité de poursuite soit aussi le directeur des services juridiques de la RAF, il ne doit rendre compte qu'à l'*Attorney General*, et ne fait pas l'objet de rapports sur ses activités de poursuite. De plus, il n'existe pas de liens de commandement ou professionnels entre l'autorité supérieure et l'autorité de poursuite. Enfin, s'il est vrai que les officiers administrateurs sont des officiers de la RAF, ils sont indépendants de l'autorité supérieure et de l'autorité de poursuite, leurs fonctions sont de nature essentiellement administrative et ils n'ont qu'une faible marge de manœuvre en matière de sélection des membres de la cour martiale. En conséquence, les arguments avancés par le requérant ne mettent aucunement en cause les conclusions rendues dans l'affaire *Morris* quant à l'authenticité de la séparation des fonctions de poursuite, de convocation et de décision dans le cadre de la procédure en cour martiale régie par la loi de 1996.

c) Les membres de la cour martiale – i. Le *judge advocate* est un civil doté de qualifications juridiques dont le requérant ne conteste pas l'indépendance ; sa présence et son rôle central dans la procédure constituent l'une des garanties les plus significatives d'indépendance. ii. Le président permanent des cours martiales est un officier d'un grade élevé qui occupe un poste à plein temps pendant un certain nombre d'années avant son départ à la retraite et qui n'a donc pas à espérer de promotion, ce qui montre son indépendance ; de plus, son absence de qualification juridique ne porte pas atteinte à son indépendance car le *judge advocate* rend des décisions juridiques obligatoires. Les présidents permanents sont l'objet de rapports d'évaluation, ce qui n'est pas sans susciter des préoccupations, mais ces rapports ne concernent pas leurs décisions judiciaires ; enfin, bien que leur inamo-

vibilité ne soit pas expressément prévue, ils n'ont pas à craindre le renvoi et aucun président permanent n'a jamais été démis de ses fonctions. iii. Quant aux membres ordinaires, si le caractère *ad hoc* de leur désignation et leur grade relativement peu élevé ne portent pas en eux-mêmes atteinte à leur indépendance, ces facteurs font clairement apparaître la nécessité de garanties particulièrement convaincantes pour assurer que des pressions extérieures ne s'exercent pas sur ces officiers. A cet égard, la protection qu'offrent le président permanent et le *judge advocate*, les règles de sélection des membres et le serment prêté par eux, le droit du prévenu de récuser tout membre, la confidentialité des délibérations, la règle voulant que le membre du grade le moins élevé exprime son avis en premier et la possibilité d'engager des poursuites pour entrave au bon fonctionnement de la justice constituent des garanties importantes. En outre, la Grande Chambre a jugé qu'il se justifiait qu'elle s'écarte de la conclusion rendue par la chambre dans l'arrêt *Morris* selon laquelle ces garanties n'étaient pas suffisantes pour exclure le risque que des pressions extérieures ne s'exercent sur les membres ordinaires. Premièrement, pour ce qui est de leur absence de qualification juridique, le fait que des magistrats non professionnels siègent dans un tribunal n'est pas en soi contraire à l'article 6 et, vu le rôle clé du *judge advocate*, l'indépendance des membres ordinaires n'est pas compromise par leur manque de qualification juridique. Deuxièmement, le document d'information, qui décrit en détail la nature et les limites du rôle des membres, représente une garantie supplémentaire dont la chambre n'avait pas connaissance. Troisièmement, il a été précisé que les membres ordinaires ne peuvent faire l'objet d'un rapport quant à leurs décisions judiciaires; d'ailleurs, l'interdiction qui est faite aux membres de divulguer tout avis ou tout vote exprimé constitue un obstacle pratique à la rédaction de pareil rapport.

d) L'autorité de contrôle – La Cour exprime sa préoccupation devant une procédure qui habilite une autorité non judiciaire à modifier des conclusions rendues par un organe judiciaire mais constate que la décision définitive émane toujours d'un organe judiciaire, à savoir la cour martiale d'appel. Dans les circonstances de l'espèce, le rôle de l'autorité de contrôle n'a pas enfreint le principe voulant que la décision obligatoire rendue par un tribunal ne puisse être modifiée par une autorité non judiciaire.

Eu égard à l'ensemble des circonstances, les doutes du requérant quant à l'indépendance et à l'impartialité de la cour martiale qui l'a jugé n'étaient pas objectivement justifiés.

*Conclusion* : non-violation (unanimité).

### 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

*Langborger c. Suède*, arrêt du 22 juin 1989, série A n° 155

*Fey c. Autriche*, arrêt du 24 février 1993, série A n° 255-A

*Holm c. Suède*, arrêt du 25 novembre 1993, série A n° 279-A

*Van de Hurk c. Pays-Bas*, arrêt du 19 avril 1994, série A n° 288

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

*Coyne c. Royaume-Uni*, arrêt du 24 septembre 1997, *Recueil* 1997-V

- Incal c. Turquie*, arrêt du 9 juin 1998, *Recueil* 1998-IV  
*Hood c. Royaume-Uni* [GC], n° 27267/95, CEDH 1999-I  
*Cable et autres c. Royaume-Uni* [GC], n°s 24436/94 et suiv., arrêt du 18 février 1999  
*Brumărescu c. Roumanie* [GC], n° 28342/95, CEDH 1999-VII  
*Morris c. Royaume-Uni*, n° 38784/97, CEDH 2002-I  
*Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, CEDH 2002-VI  
*Ezeh et Connors c. Royaume-Uni* [GC], n°s 39665/98 et 40086/98, CEDH 2003-X



**En l'affaire Cooper c. Royaume-Uni,**

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,

Sir Nicolas BRATZA,

M<sup>me</sup> V. STRÁZNICKÁ,

MM. C. BÍRSAN,

K. JUNGWIERT,

M. FISCHBACH,

J. CASADEVALL,

J. HEDIGAN,

M<sup>me</sup> M. TSATSA-NIKOLOVSKA,

MM. R. MARUSTE,

A. KOVLER,

S. PAVLOVSKI,

L. GARLICKI,

J. BORREGO BORREGO,

et de M. P.J. MAHONEY, *greffier*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 1<sup>er</sup> octobre et 3 décembre 2003,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 48843/99) dirigée contre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et dont un ressortissant de cet Etat, M. Graham Cooper (« le requérant »), a saisi la Cour le 8 juin 1999 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Le requérant était représenté par M. G. Blades, *solicitor* à Lincoln. Le gouvernement britannique (« le Gouvernement ») était représenté par ses agents successifs, M. C. Whomersley puis M. J. Grainger, tous deux du ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth.

3. Le requérant se plaignait de n'avoir pas bénéficié d'un procès équitable devant un tribunal indépendant et impartial établi par la loi, au mépris de l'article 6 § 1 de la Convention. Il alléguait en particulier que la composition de la cour martiale qui l'avait jugé était telle qu'elle emportait violation des exigences d'indépendance et d'impartialité, et

donc d'équité, posées par cet article. Il dénonçait également un manque d'équité à raison des circonstances particulières de la cause.

4. La requête a été attribuée à la quatrième section de la Cour. Le 4 juin 2002, une chambre de cette section a déclaré irrecevable le grief d'iniquité tiré de l'article 6, et communiqué au Gouvernement le grief principal relatif au manque d'indépendance et d'impartialité de la cour martiale (article 54 § 2 b) du règlement). Le 6 mai 2003, une chambre constituée au sein de la section (composée de M. M. Pellonpää, Sir Nicolas Bratza, M<sup>me</sup> V. Strážnická, M. R. Maruste, M. S. Pavlovski, M. L. Garlicki, M. J. Borrego Borrego, juges, et de M. M. O'Boyle, greffier de section) s'est dessaisie au profit de la Grande Chambre, sans qu'aucune des parties ne s'y oppose (articles 30 de la Convention et 72 du règlement).

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

6. En application des articles 29 § 3 de la Convention et 54A § 3 du règlement, la Grande Chambre a informé les parties qu'elle pourrait statuer sur le fond en même temps que sur la recevabilité de l'affaire et a décidé de leur poser une question supplémentaire.

7. Tant le requérant que le Gouvernement ont soumis des observations écrites sur la recevabilité et le fond de l'affaire ainsi que des observations séparées sur le droit et la pratique internes pertinents.

8. Une audience s'est déroulée en public au Palais des Droits de l'Homme, à Strasbourg, le 1<sup>er</sup> octobre 2003 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

MM. J. GRAINGER,  
P. HAVERS *QC*,  
M<sup>me</sup> T. JONES,  
MM. H. MORRISON,  
E. LATHAM,

*agent,  
conseil,*

Le général de division aérienne R. CHARLES,  
Le contre-amiral J. BLACKETT,  
Le capitaine de frégate S. TAYLOR,  
Le général de brigade T. PAPHITI,

*conseillers ;*

– *pour le requérant*

MM. G. BLADES, *solicitor*,  
J. MACKENZIE, *solicitor*,

*représentant,  
conseiller.*

La Cour a entendu en leurs déclarations M. Havers et M. Blades.

9. La Grande Chambre a décidé par la suite d'examiner conjointement la recevabilité et le fond de l'affaire (articles 29 § 3 de la Convention et 54A § 3 du règlement).

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

10. Le requérant est né en 1968 et réside à Birmingham. A l'époque des faits, il servait dans l'armée de l'air britannique (*Royal Air Force* – «la RAF»).

11. Le 18 février 1998 (en vertu de l'article 70 § 1 de la loi de 1955 sur l'armée de l'air – *Air Force Act 1955*), il fut, ainsi que son coprévenu, reconnu coupable de vol, en violation de la loi de 1968 sur le vol (*Theft Act 1968*). Il fut condamné à une peine de cinquante-six jours d'emprisonnement et à être renvoyé de l'armée et dégradé.

12. Le requérant fut jugé par une cour martiale composée d'un président permanent (le lieutenant-colonel Rodgers), de deux autres officiers d'un grade inférieur (le commandant Borthwick et le capitaine Winks) et d'un *judge advocate*.

Il s'agissait de la dernière désignation du lieutenant-colonel Rodgers en tant que président permanent avant son départ à la retraite prévu pour septembre 1998. Cet officier avait fait l'objet de rapports d'évaluation avant le mois d'août 1997, mais aucun autre rapport ne fut rédigé à son sujet après cette date. Les deux membres ordinaires avaient suivi en 1993 le cours de commandement destiné aux officiers subalternes, qui comportait une formation aux procédures disciplinaires.

13. Par une lettre du 3 avril 1998 émanant de l'autorité de contrôle, le représentant du requérant fut informé que ni le verdict ni la peine prononcés par la cour martiale ne seraient modifiés. L'autorité avait recueilli l'avis du *Judge Advocate General*.

14. Le 5 février 1999, la cour martiale d'appel débouta le requérant de son recours contre le verdict de culpabilité et la peine.

### II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

#### A. Généralités

15. La loi de 1996 sur les forces armées (*Armed Forces Act 1996* – «la loi de 1996»), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 1997, est venue amender notamment la loi de 1955 sur l'armée de l'air (*Air Force Act 1955* – lorsqu'il est fait référence ci-après à «la loi de 1955», il s'agit de la version amendée de celle-ci). Dans la RAF, les procès en cour martiale

sont régis entre autres par la loi de 1955, le règlement de 1997 sur les cours martiales dans l'armée de l'air (*Courts-Martial (Air Force) Rules 1997* – «le règlement de 1997») et par le décret royal sur la RAF (*Queen's Regulations for the RAF*).

16. L'article 70 § 1 de la loi de 1955 dispose que toute personne relevant de la justice de l'armée de l'air qui commet une infraction civile, que ce soit au Royaume-Uni ou ailleurs, se rend coupable d'une infraction à cet article.

17. L'article 71 § 1 de la loi de 1955 énumère les peines que peut prononcer une cour martiale lorsqu'elle a rendu un verdict de culpabilité et établit sur le plan du droit la position relative de chaque sanction dans l'échelle des peines disponibles (supplément («*coda*») à l'article 71 § 1 de la loi de 1955).

18. Les pouvoirs de sanction des cours martiales (générales et de district) sont énoncés à l'article 85 de la loi de 1955 :

« 1. Une cour martiale générale est habilitée à juger toute personne relevant de la justice de l'armée de l'air ayant commis l'une des infractions qui, en vertu de la présente loi, doit être jugée en cour martiale, et à prononcer pour pareille infraction toute peine que la présente loi prévoit pour cette infraction.

2. Une cour martiale de district jouit des mêmes pouvoirs qu'une cour martiale générale, à ceci près qu'elle ne peut juger un officier ni condamner un sous-officier à l'emprisonnement, à être renvoyé avec déshonneur, renvoyé ou détenu; elle ne peut pas non plus prononcer la peine de mort ou une peine d'emprisonnement de plus de deux ans ni ordonner une mise en détention en vertu de l'article 71AA de la présente loi pour une durée supérieure à deux ans. »

19. Une personne reconnue coupable de vol peut être condamnée à une peine d'emprisonnement de dix ans au maximum ou, à l'issue d'une procédure simplifiée, à une peine ne dépassant pas six mois ou à une amende, ou aux deux (article 7 de la loi de 1968 sur le vol).

## **B. La cour martiale – participants et procédure**

### *1. Le chef de corps*

20. Toute allégation selon laquelle une personne relevant de la justice de l'armée de l'air a commis une infraction doit être signalée au chef de corps de l'intéressé, lequel doit mener une enquête puis peut, le cas échéant, renvoyer l'affaire à l'autorité supérieure (article 76 § 5 b) de la loi de 1955).

### *2. L'autorité supérieure*

21. L'autorité supérieure est un officier supérieur de l'armée de l'air (*Air Officer Commanding*) sans qualification juridique. Celui-ci doit déter-

miner si une affaire dont l'a saisi un chef de corps doit être renvoyée à ce dernier pour qu'il la traite selon une procédure simplifiée (sauf si le prévenu a déjà choisi d'être jugé en cour martiale), renvoyée à l'autorité de poursuite pour qu'elle décide s'il y a lieu de poursuivre le prévenu, ou classée sans suite. La décision de l'autorité supérieure est essentiellement une décision participant du commandement car cette autorité doit se demander s'il existe des raisons d'ordre militaire de ne pas engager de poursuites. Une fois sa décision prise, l'autorité supérieure n'a plus à intervenir.

### 3. L'autorité de poursuite

22. Le rôle de procureur est assuré par l'autorité de poursuite, dont le chef est désigné par la Reine et doit être diplômé en droit depuis dix ans (article 83A de la loi de 1955). Cette autorité comprend en outre six à huit officiers de la RAF qui possèdent tous une qualification en droit (article 83C de la loi de 1955) et s'occupent à plein temps des poursuites. Les collaborateurs ayant le titre de *barrister* sont de ce fait membres du barreau d'Angleterre et du pays de Galles et donc assujettis aux obligations professionnelles et déontologiques prévues par le code de déontologie du barreau (y compris l'obligation d'agir avec indépendance et dans l'intérêt de la justice). Des dispositions professionnelles comparables existent pour les collaborateurs qui sont *solicitors* et donc membres de la *Law Society of England and Wales*. Ces juristes appliquent également le code des procureurs militaires (*Code for Service Prosecutors*), approuvé par l'*Attorney General*.

23. 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 aussi elle qui dresse l'acte d'accusation et conduit les poursuites (annexe I à la loi de 1996, partie II) et a en particulier le pouvoir de prendre toutes décisions en la matière (article 83B7) de la loi de 1955).

24. A l'époque des faits, le chef de l'autorité de poursuite (le général de division aérienne Weeden) était aussi directeur des services juridiques de la RAF. Dans son rôle d'autorité de poursuite, il devait seulement rendre compte à l'*Attorney General* et, en tant que directeur des services juridiques de la RAF, il devait faire son rapport à l'officier responsable du personnel/commandant en chef du service du personnel et de la formation. Le général Weeden n'était pas noté pour ce qui est de l'exécution de ses fonctions de chef de l'autorité de poursuite mais il l'était dans son rôle de directeur des services juridiques de la RAF. Au sein de l'autorité de poursuite, c'est aux premiers officiers rapporteurs qu'il incombait

d'établir des rapports d'évaluation annuels sur les officiers chargés des poursuites.

#### 4. *Les officiers administrateurs à la cour*

25. Les officiers administrateurs à la cour sont des officiers de la RAF désignés par le Conseil de défense. Lorsque l'autorité de poursuite a notifié l'ouverture de poursuites devant la cour martiale, un officier administrateur est chargé de prendre les dispositions nécessaires, notamment de fixer les lieu et date du procès, de s'assurer de la disponibilité d'un *judge advocate* et de tout agent de la cour dont la présence serait nécessaire, de veiller à la comparution des témoins et de choisir les membres de la cour martiale. L'officier administrateur responsable a compétence pour dissoudre la cour avant l'audience. L'unité administrative des cours martiales se charge de l'administration et s'acquitte des fonctions des officiers administrateurs en leur nom et sous leur direction.

26. Une cour martiale de district se compose d'un *judge advocate*, d'un président et d'au moins deux officiers de l'armée de l'air en activité (« les membres ordinaires ») ayant un minimum de deux années d'expérience dans l'armée de l'air (article 84D de la loi de 1955).

#### 5. *Le judge advocate*

27. Le *Judge Advocate General* et les *judge advocates* qui composent son équipe 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*. Un *judge advocate* doit être désigné par le *Judge Advocate General* pour chaque procès en cour martiale (article 84D1) de la loi de 1955).

28. Le *judge advocate* porte la toge et siège au centre avec le président, les deux autres membres étant placés l'un à sa gauche et l'autre à sa droite. Lors d'un procès en cour martiale, il doit veiller au bon déroulement de celui-ci. Il contrôle l'administration des preuves et statue sur les exceptions juridiques. Il prononce en public toutes les décisions et instructions portant sur des points de droit (y compris sur les questions de procédure et de pratique), lesquelles lient la cour martiale (article 84B3) et 4) de la loi de 1955). A cet égard, le *judge advocate* dispose des mêmes instructions modèles (préparées par le bureau d'études judiciaires) que le juge d'une *Crown Court*. Il détient le pouvoir de dissoudre la cour martiale une fois l'audience ouverte.

29. Le *judge advocate* prononce également en public un résumé et des instructions avant que la cour ne se retire pour délibérer sur le verdict, tout comme le ferait le juge d'une *Crown Court* à l'intention du jury. Le

*judge advocate* ne participe pas aux délibérations avec le président et les membres ordinaires ni au vote sur le verdict : étant les seuls arbitres pour ce qui est des faits, les membres de la cour martiale sont également seuls à juger si les chefs d'inculpation sont ou non établis (article 96 §§ 1 et 1A de la loi de 1955). A l'issue de ces délibérations, le *judge advocate* contrôle le verdict. S'il l'estime conforme à la loi, il en donne lecture. Dans le cas contraire, il donne en public au président et aux membres ordinaires de nouvelles instructions, à la suite de quoi ceux-ci se retirent pour réviser leur verdict à la lumière de ces instructions (article 72 §§ 3 et 4 du règlement de 1997). Le *judge advocate* participe en revanche aux délibérations sur la peine (il peut alors, si nécessaire, donner des conseils aux membres quant à la peine qu'il convient d'appliquer) ainsi qu'au vote sur la peine.

6. *Le président d'une cour martiale et les présidents permanents des cours martiales (« présidents permanents »)*

30. Le président d'une cour martiale veille à ce que l'audience se déroule conformément à la tradition militaire (article 33 § 1 du règlement de 1997). Il dirige les délibérations visant à établir le verdict.

31. Le poste de président permanent a été créé en 1941, en vertu non d'une disposition légale mais d'une décision politique. Les présidents permanents étaient choisis parmi les officiers de la RAF en activité possédant l'âge et le grade requis ; ils ont toujours eu le grade de lieutenant-colonel. Il ne leur était pas demandé d'avoir des qualifications ou une expérience juridiques. Ils étaient désignés à plein temps, en général pour une période de plus de trois ans et il s'agissait presque toujours du dernier poste occupé par ces officiers avant leur retraite. Le secrétaire à l'armée de l'air avait le pouvoir de mettre fin aux fonctions d'un président permanent, mais cela ne s'est jamais produit. Contrairement aux présidents permanents siégeant dans des cours martiales de l'armée de terre, ceux qui étaient membres des cours martiales de la RAF faisaient l'objet de rapports d'évaluation. Toutefois, ces rapports ne portaient pas sur les décisions judiciaires qu'ils prenaient.

32. Dans l'affaire *R. v. McKendry* (6 mars 2000, non publiée), le *judge advocate* déclara qu'un président permanent donné ne pouvait être considéré comme indépendant et impartial aux fins de l'article 6 § 1 de la Convention. Bien que ce jugement ne valût que pour cette affaire particulière, on cessa de désigner des présidents permanents en attendant que la Chambre des lords rendit son arrêt dans l'affaire *R. v. Boyd, Hastie and Spear Saunby and Others* (« *R. v. Boyd and Others* »). Cet arrêt a été prononcé le 18 juillet 2002 (paragraphes 63-76 ci-dessous), mais on n'a pas recommencé à nommer des présidents permanents pour siéger dans les cours martiales de la RAF.

### 7. *Les membres ordinaires des cours martiales*

33. Aucune formation juridique formelle n'est exigée des membres ordinaires de la cour martiale (article 17b) du règlement de 1997).

34. Certains officiers ne peuvent participer à une cour martiale: l'article 84C4) de la loi de 1955 dispose que l'officier administrateur, les chefs de corps du prévenu, les membres de l'autorité supérieure, les officiers chargés de l'enquête et tous ceux ayant participé aux investigations sur les chefs d'inculpation sont frappés par cette interdiction; l'article 17 du règlement de 1997 exclut aussi les officiers qui ont servi sous les ordres de l'autorité supérieure ayant renvoyé l'affaire, de l'autorité de poursuite et de l'officier administrateur; quant au décret royal de la RAF (§ 1154 f)), il souligne en outre que, dans la mesure du possible, une cour martiale doit se composer d'officiers provenant de bases différentes de la RAF.

35. A l'époque des faits (de 1997 à début 2000), les membres ordinaires étaient choisis au hasard pour chaque procès en cour martiale parmi des volontaires répertoriés dans une base de données. Les officiers pouvaient proposer leurs services en remplissant un formulaire standard ou encore par téléphone. Les renseignements recueillis étaient saisis dans une base de données informatique par l'officier administrateur. Lorsqu'il fallait recruter des officiers pour composer une cour martiale, l'officier administrateur recherchait dans la base de données des officiers non frappés d'exclusion. S'il ne parvenait pas de cette manière à trouver des volontaires, il choisissait une base sur une liste alphabétique pour chaque commandement au moyen d'une banque de données distincte. Il indiquait ensuite à cette base lesquels de ces officiers, le cas échéant, se trouvaient sur la liste des volontaires. La base devait alors désigner elle-même le ou les officiers et informer l'officier administrateur.

36. Les membres ordinaires restent soumis à la discipline de la RAF au sens général du terme, puisqu'ils demeurent officiers de la RAF. Toutefois, ils ne font l'objet d'aucun rapport dans le cadre de leurs fonctions de membres de la cour martiale et, en particulier, quant à leurs décisions judiciaires. Tenter d'influencer, ou influencer un membre d'une cour martiale constitue une infraction à la *common law*, celle d'entrave au bon fonctionnement de la justice et/ou de comportement contraire à l'ordre et à la discipline dans les forces aériennes (article 69 de la loi de 1955).

### 8. *Le procès en cour martiale*

37. Lorsque les membres de la cour martiale ont été désignés et convoqués, ils reçoivent le document d'information préparé à l'intention de tels membres par l'unité administrative des cours martiales de la RAF (paragraphe 45-62 ci-dessous) ainsi que la liste des témoins à charge. Ils



sont tenus de prendre connaissance de cette liste et d'indiquer à l'officier administrateur s'ils connaissent des témoins. Ils sont également informés que, s'ils se rendent compte par la suite qu'ils connaissent effectivement un témoin, ils doivent le signaler au *judge advocate*.

38. A l'ouverture du procès, le nom de tous les membres de la cour martiale est lu à haute voix; l'accusé a alors la possibilité de récuser tel ou tel membre (article 92 § 1 de la loi de 1955 et article 40 du règlement de 1997). Tout membre d'une cour martiale de la RAF doit prêter le serment suivant :

«Je jure devant Dieu tout-puissant de juger l'accusé qui comparaît 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, 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 de tout membre de la présente cour, sauf si la loi m'y oblige.»

39. Les délibérations des membres de la cour martiale sont confidentielles, étant donné qu'il est interdit à ceux-ci de divulguer leur avis ou leur vote ou ceux de quelque autre membre. Les membres doivent s'exprimer pendant les délibérations puis, à l'issue de celles-ci, voter sur le verdict et la peine par ordre croissant d'ancienneté. Les décisions concernant le verdict et la peine sont prises à la majorité (article 96 de la loi de 1955). En cas de partage des voix, celle du président est prépondérante (article 96 § 5 de la loi de 1955); à l'époque où s'est tenu le procès du requérant, le président devait aussi énoncer en public les raisons du choix de la peine. A l'heure actuelle, c'est le *judge advocate* qui fournit ces explications (article 80 § 2 du règlement de 1997).

#### 9. L'autorité de contrôle

40. Tous les verdicts de culpabilité et peines prononcés par une cour martiale doivent être revus par l'autorité de contrôle dans le délai imparti (article 113 de la loi de 1955). Bien que la responsabilité en incombe en dernier ressort au Conseil de défense, le contrôle est en général effectué par le secrétaire à l'armée de l'air ou par l'officier qui en remplit les fonctions au moment considéré (article 113 § 5b) de la loi de 1955). L'autorité de contrôle reçoit après le procès l'avis du *Judge Advocate General* sur le point de savoir s'il convient ou non de modifier le verdict ou la peine dans un sens favorable au condamné. L'autorité de contrôle n'est pas liée par cet avis mais elle le suit en général. L'avis est communiqué à l'accusé, qui a le droit de soumettre un recours à l'autorité de contrôle.

41. Celle-ci peut prononcer un verdict de culpabilité (choisi parmi ceux que la cour martiale aurait pu rendre dans le cas où elle aurait jugé établis les faits justifiant pareil verdict – article 113AA2) de la loi de 1955) et peut aussi «prononcer une peine (qui ne soit pas selon elle plus lourde que la peine initiale) choisie parmi celles que la cour martiale aurait

pu rendre pour accompagner le verdict qui apparaît approprié» (article 113AA4) de la loi de 1955). L'autorité de contrôle peut aussi annuler tout verdict de culpabilité ainsi que la peine qui l'accompagne et autoriser un nouveau procès (article 113A1) de la loi de 1955). Il appartient alors à l'autorité de poursuite de demander ou non que l'affaire soit rejugée. L'intéressé n'est pas entendu par l'autorité de contrôle à ce sujet, mais il peut attaquer la décision de l'autorité de poursuite de demander un nouveau procès pour abus de procédure. Un individu condamné à l'issue d'un nouveau procès conserve la possibilité de contester le verdict et la peine devant la cour martiale d'appel (paragraphe 42-44 ci-dessous). L'autorité de contrôle rend une décision motivée; le verdict et la peine qu'elle est éventuellement amenée à prononcer sont considérés à toutes fins utiles comme s'ils émanaient de la cour martiale.

#### 10. La cour martiale d'appel

42. La cour martiale d'appel est une juridiction civile composée de juges de la chambre criminelle de la Cour d'appel. Une personne condamnée peut saisir la cour martiale d'appel d'un recours contre le verdict et la peine (article 8 de la loi de 1968 sur les cours martiales d'appel, dans sa version amendée – *Courts-Martial (Appeals) Act 1968* – «la loi de 1968»).

43. La cour martiale d'appel accueille le recours contre le verdict de culpabilité lorsque celui-ci lui paraît contestable et le rejette dans tous les autres cas. Le critère servant à déterminer si le verdict est «contestable» est identique à celui applicable aux verdicts émanant des juridictions pénales de droit commun. La Cour d'appel peut aussi accueillir le recours lorsqu'elle considère que la peine n'est pas adaptée à l'affaire (article 16A de la loi de 1968). 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 ayant déjà comparu devant la cour martiale (article 28 de la loi de 1968). Elle peut aussi autoriser que l'affaire soit rejugée (article 19 § 1 de la loi de 1968).

44. Dans l'affaire *R. v. McKendry* (arrêt de la cour martiale d'appel du 20 février 2001), l'appelant plaida coupable d'absence sans autorisation et fut notamment condamné à une peine de détention de deux cent soixante-cinq jours. L'autorité de contrôle rejeta sa demande et le juge Ouseley rendit l'arrêt pour la cour martiale d'appel. Après avoir pris note en détail de l'avis donné par le *Judge Advocate General* à l'autorité de contrôle, il cita un passage d'un arrêt antérieur de la cour martiale d'appel (*R. v. Pattinson*, arrêt du 25 janvier 1999), rédigé en ces termes :

«A notre avis, la cour doit garder à l'esprit, lorsqu'elle traite un recours de cette sorte (...) la «compétence» quelque peu «hybride» qu'exerce la [cour martiale d'appel]; en effet, celle-ci a à l'évidence toute latitude pour réparer une injustice, mais elle doit aussi songer que ceux qui prononcent et confirment la peine, notamment, il faut le dire (...) s'agissant d'une infraction de désertion, sont particulièrement bien placés, voire mieux placés que la [cour martiale d'appel] pour apprécier la gravité de l'infraction dans le contexte de l'armée.»

#### Le juge Ouseley poursuivit :

«L'infraction d'absence sans permission, comme d'ailleurs celle de désertion, n'a aucun équivalent dans le civil. Pour fixer la peine, il y a lieu de tenir compte de facteurs propres à l'armée, dont le jugement et l'expérience doivent à cet égard se voir accorder un grand poids. Un tribunal doit hésiter à modifier pareilles décisions rendues par les cours martiales en matière de peine, notamment lorsque le *Judge Advocate General* a revu l'affaire et rejeté la demande dans les termes dans lesquels il l'a fait en l'espèce. Les facteurs particuliers à ce type d'infraction militaire ont trait à l'impact de l'infraction sur le maintien de la discipline et de l'efficacité militaires, à la nécessité de dissuader, à l'importance du grade et à la disponibilité d'autres mesures, allant du renvoi à la dégradation et à la suppression de la solde, qui à beaucoup d'égards ne sont pas disponibles ou n'ont pas d'équivalent dans la vie civile. De fait, certains de ces facteurs auraient aussi un poids particulier lorsque la cour martiale d'appel statue sur des infractions ayant des équivalents dans le civil, et inciteraient à la prudence quand il s'agit de modifier les peines prononcées par une cour martiale; ils y incitent d'autant plus lorsqu'elle statue sur des infractions n'ayant aucun équivalent dans le monde civil.»

L'affaire *R. v. Holtby-Smith* (arrêt de la cour martiale d'appel du 26 février 2003) portait sur un nouveau procès tenu à la suite d'une décision de l'autorité de contrôle. *Lord Justice Kennedy*, siégeant à la cour martiale d'appel, déclara ce qui suit :

«L'autorité de contrôle ordonna (...) que l'autorité de poursuite recherchât s'il y avait lieu de rejurer l'affaire. Il s'agit là d'une instruction inappropriée de la part de l'autorité de contrôle parce qu'en vertu de l'article 113A de la [loi de 1955], la décision d'ordonner ou non un nouveau jugement relève de l'autorité de contrôle et non de l'autorité de poursuite, bien que la première puisse bien entendu, si elle le juge bon, solliciter l'avis de la seconde et du défendeur potentiel sur le point de savoir s'il y a lieu de rejurer l'affaire. A la suite de cela, l'autorité de contrôle fut informée de son erreur de méthode et (...) ordonna que l'affaire fût rejugée dans l'intérêt de la justice. (...) Pour contester [pareille] décision de l'autorité de contrôle, la seule voie ouverte est celle du contrôle juridictionnel (...)»

Dans l'affaire *R. v. Ball et R. v. Rugg* (arrêt de la cour martiale d'appel du 12 février 1998), la cour martiale prononça une peine d'un an de détention, que l'autorité de contrôle remplaça par une peine d'un an d'emprisonnement. La cour martiale d'appel annula cette dernière et lui substitua une peine de neuf mois de détention.

### **C. Le document d'information rédigé en juillet 1999 par l'unité administrative des cours martiales de la RAF à l'intention des membres des cours martiales**

45. Ce document d'information est envoyé par l'unité administrative des cours martiales aux personnes désignées pour siéger en cour martiale. Les parties n'ont pu retrouver le document en vigueur à l'époque où le requérant est passé en cour martiale (février 1998). Ci-dessous figure la description du document émis en juillet 1999.

46. L'introduction au document s'intitule « Points importants signalés à l'attention des membres des cours martiales » et dispose :

*« Avant le procès »*

1. Lisez le document d'information ci-joint.
2. Prenez contact avec [l'unité administrative des cours martiales] si la description vous concernant qui figure dans l'ordre de convocation contient une erreur.
3. Si vous avez des raisons de croire que vous n'êtes pas apte à siéger en cour martiale – par exemple parce que vous connaissez l'accusé ou savez quelque chose à son sujet ou au sujet d'un témoin, ou pour toute autre raison – informez-en l'unité administrative ou, si vous siégez déjà, demandez à voir le *judge advocate* en privé pour lui en parler. Ne faites part de vos préoccupations à personne d'autre.
4. Ne cherchez pas à vous renseigner sur l'affaire avant de vous rendre au tribunal, n'en parlez à personne et ne laissez personne vous en parler – même lorsque vous arrivez dans l'unité où doit se tenir le procès.

*Pendant le procès*

5. Lorsque le procès a commencé, et pendant toute sa durée, vous ne devez parler à personne de l'affaire (hormis aux autres membres de la cour lorsque vous êtes tous réunis).
6. Ecoutez attentivement les témoins et avocats, ainsi que ce que le *judge advocate* vous dit ; prenez votre décision uniquement en fonction de ce que vous entendez en audience.
7. Vous ne pouvez interroger les témoins que par l'intermédiaire du *judge advocate*, ou avec sa permission.
8. Vous ne pouvez vous rendre sur les lieux de l'infraction alléguée que si le *judge advocate* l'ordonne, auquel cas toutes les personnes prenant part à l'affaire iront.

*Après le procès*

9. Vous ne devez jamais révéler quoi que ce soit à qui que ce soit au sujet des délibérations sur le verdict ou la peine sauf si « (...) la loi vous y oblige ».

47. Le paragraphe 2 de ce document met l'accent sur le rôle central du *judge advocate* en donnant aux membres les conseils suivants :

« Il faut surtout se rappeler que c'est le *judge advocate* qui dirige la cour martiale (...) Il doit donc trancher tous les points de droit, de pratique et de procédure (...) Il fait partie de la cour et ses décisions et instructions lient les autres membres ainsi que, bien entendu, les parties à la procédure. Sous la direction du *judge advocate*, il appartient au

président de veiller à ce que le procès respecte les traditions et normes de l'armée et, notamment, que les officiers et autres personnes assermentées n'entravent pas le bon déroulement du procès (...) Les pages suivantes présentent de manière générale la chronologie des événements qui se succèdent lors du procès. Rappelez-vous toutefois que le *judge advocate* peut ne pas la suivre à la lettre s'il considère que les circonstances de la cause demandent de s'en écarter. Le *judge advocate* peut aussi, dans l'intérêt de la justice, dissoudre la cour avant la fin du procès.»

48. Ce document contient en outre un avertissement aux membres :

«3. A votre arrivée dans l'unité, ne parlez à aucun de ses membres (...) et en aucun cas à ses responsables. Si vous ne respectez pas cette consigne, vous risquez de vous adresser par mégarde à un témoin ou un avocat impliqué dans l'affaire, par exemple, ce qui pourrait conduire à vous exclure du procès voire à compromettre celui-ci. Si quelqu'un vous a adressé la parole et vous éprouvez le moindre doute sur ce que vous devez faire, vous devez en référer en privé au *judge advocate* avant l'ouverture du procès.

4. Hormis les obligations incombant au président citées plus haut, la principale fonction de celui-ci et des autres membres consiste à décider, en se fondant sur les preuves, si l'accusé est coupable ou non et, dans l'affirmative, à déterminer ensuite avec le *judge advocate* quelle est la peine applicable. Le *judge advocate* vous dira tout ce que vous devez savoir en matière de droit et de procédure pour vous permettre de vous acquitter de ces fonctions.»

49. Le paragraphe 6 informe les membres qu'ils sont :

« (...) dispensés de séjourner dans les parties communes de l'unité de l'accusé. Il doit être manifeste que justice est rendue : vous contribuerez à atteindre cet objectif si l'on voit que vous évitez de vous exposer à l'influence de l'unité locale.»

50. Le paragraphe 8 conseille de plus :

«Mis à part lorsqu'il doit répondre aux questions que les membres peuvent lui poser au sujet de l'étiquette et de la procédure (concernant par exemple le port de la perruque), le président ne doit en aucun cas se livrer à la moindre réunion d'information avec les membres de la cour en l'absence du *judge advocate*. Toutefois, il doit à ce stade veiller à ce que les officiers assermentés sachent qu'ils ont le devoir de ne rien faire qui puisse gêner le bon déroulement du procès – ils ne doivent par exemple pas laisser entendre, par des paroles, gestes ou insinuations, qu'ils connaissent d'avance des informations sur l'affaire ou l'accusé, etc.»

51. Les paragraphes 9 et 10 disposent :

«9. Il incombe à [l'officier administrateur] de veiller à ce que les officiers membres de la cour aient les qualifications nécessaires et que rien ne s'oppose à ce qu'ils siègent ; il faut, par exemple, qu'ils aient le nombre voulu d'années de service comme officiers, qu'ils n'aient pas siégé au sein d'une cour martiale qui a précédemment jugé l'accusé et qu'ils n'aient pas non plus participé à une quelconque enquête sur des questions en rapport avec l'objet de l'inculpation (...) Si toutefois, avant la date du procès, vous pensez ne pas remplir les conditions requises ou ne pas être qualifié pour siéger, ou si vous savez par exemple sur l'accusé quelque chose qui pourrait nuire à votre impartialité ou encore connaissez quelqu'un qui pourrait être témoin dans l'affaire (l'officier administrateur vous communiquera à l'avance la liste des personnes susceptibles d'être citées comme témoin à charge), vous ne devez en faire état auprès d'aucun autre membre de la cour mais devez en parler à l'officier administrateur qui prendra s'il

y a lieu les dispositions nécessaires pour vous remplacer. Si vos préoccupations au sujet de l'une des questions qui viennent d'être évoquées n'apparaissent qu'à votre arrivée au tribunal, vous ne devez pas en parler à qui que ce soit mais devez demander à rencontrer le *judge advocate* en privé pour lui en faire part. De même, si vous vous rendez compte pendant le procès que vous connaissez un témoin, par exemple, vous devez en informer le *judge advocate* en privé sans le dire à qui que ce soit d'autre.

10. Avant l'ouverture de l'audience, le *judge advocate* peut vous rendre une brève visite dans votre bureau; en ce cas, il répondra aux questions que vous pourrez lui poser au sujet du présent document d'information. S'il ne vient pas vous voir avant le procès mais que vous avez des questions à lui soumettre, vous devez lui adresser un message par l'intermédiaire de l'huissier du tribunal.»

52. Le paragraphe 15 dispose que l'ordre de convocation doit être lu lorsque l'assemblée est réunie en salle d'audience, que les membres de la cour martiale doivent décliner leur identité et que le *judge advocate* doit demander à l'accusé s'il récuse l'un des membres. Le *judge advocate* invite alors chacun des membres de la cour martiale à prêter serment (paragraphe 17 du document).

53. Le paragraphe 20 informe les membres que, lorsque les formalités d'ouverture du procès sont terminées,

« (...) Le *judge advocate* peut alors avertir publiquement les membres de la cour qu'ils ne doivent pas parler à quiconque de l'affaire tant qu'elle n'est pas terminée. Cet avertissement vaut pour la famille, les amis, les collègues de travail, le procureur, l'avocat de la défense et, ce qui est de la plus haute importance, pour l'accusé et toute personne pouvant être témoin. A cette fin, sauf lorsque le *judge advocate* siège seul, les membres ne doivent pas quitter la salle d'audience au cours du procès, hormis pour se rendre aux toilettes et lorsque la séance est levée pour le déjeuner ou pour la nuit; ils ne doivent pas non plus fréquenter le personnel de l'unité pour des raisons professionnelles ou sociales tant que le procès n'est pas terminé. Des rafraîchissements sont apportés en salle d'audience sur demande.»

54. Le paragraphe 21 dispose :

«Le président et les membres ne doivent en aucun cas, que ce soit en prenant des rafraîchissements en salle d'audience ou à un autre moment, y compris lorsqu'ils sont assis à côté du *judge advocate*, regarder les documents posés sur le bureau de ce dernier, du procureur ou de l'avocat de la défense. Ces documents peuvent contenir des informations que les membres de la cour ne doivent connaître à aucun prix.»

55. Le paragraphe 29 (qui reflète l'article 62 § 2 du règlement de 1997) prévoit que le président et les membres ordinaires de la cour martiale ne sont autorisés à poser des questions à un témoin que par l'intermédiaire du *judge advocate*. Si, à la fin de l'audition d'un témoin, ils estiment devoir interroger celui-ci sur un point particulier, ils doivent transmettre leur question par écrit au *judge advocate* qui la posera au témoin de la manière qui convient.

56. Le paragraphe 34 (qui s'inspire de l'article 69 du règlement de 1997) dispose que, à la suite des plaidoiries des avocats de l'accusation et de la défense, le *judge advocate* doit récapituler les points saillants des

preuves et instruire les autres membres de la cour quant au droit applicable. Les membres de la cour martiale ne doivent pas poser de questions au *judge advocate* pendant qu'il fait son résumé, mais peuvent solliciter par écrit de plus amples instructions, que le *judge advocate* doit donner en public.

57. Le paragraphe 35 (qui reflète l'article 70 du règlement de 1997) traite des délibérations sur le verdict :

«Nul ne doit assister aux délibérations sur le verdict hormis le président, les membres et les officiers assermentés. Le président et les membres ne doivent pas se séparer avant d'avoir décidé du verdict, sauf si le *judge advocate* estime qu'ils peuvent le faire dans l'intérêt de la justice (...) Si l'un d'entre eux doit quitter la salle pour des motifs personnels, le président doit lui rappeler qu'il n'est pas autorisé à parler à quiconque pour quelque raison que ce soit. Si la cour souhaite réentendre une déposition enregistrée sur vidéo, elle doit en informer le *judge advocate*. Si celui-ci donne son accord, l'audience est rouverte et le passage concerné lu en public.»

58. Le paragraphe 38 du document d'information contient des indications supplémentaires quant aux délibérations :

«C'est normalement le président qui ouvre les débats sur la question de la culpabilité ou de l'innocence. Il doit veiller à ce que chaque membre de la cour présent donne son avis sur chaque chef d'accusation séparément, et ce par ordre croissant d'ancienneté. L'unanimité est préférable, mais la décision peut être prise à la majorité ; le verdict de la majorité est enregistré comme étant celui de la cour. Le président doit inscrire le ou les verdicts sur la feuille prévue à cet effet et la signer. Avant de rouvrir l'audience, il doit rappeler aux membres de la minorité qu'ils doivent désormais considérer le verdict de la cour comme le leur. Ce point est important s'il se révèle nécessaire de fixer une peine, car leurs sentiments antérieurs ne doivent pas influencer sur leur décision à cet égard.»

59. Le paragraphe 39 explique que le *judge advocate* prend connaissance du procès-verbal des délibérations pour vérifier que les verdicts ne sont pas contraires à la loi et décrit les pouvoirs de celui-ci en la matière (voir aussi, plus haut, le paragraphe 29). Ce paragraphe précise également que «[l]e *judge advocate* peut, aux fins de fixer la peine, chercher à savoir quels faits la cour a considérés comme établis lors des délibérations sur le verdict (...) bien que l'on s'attende à ce qu'il n'use de ce pouvoir qu'avec parcimonie.»

60. Le paragraphe 25 explique comment doivent se dérouler les délibérations sur la peine, que l'accusé ait plaidé coupable ou qu'il ait été reconnu tel :

«L'audience est levée en vue des délibérations sur la peine. Nul n'y participe en dehors des membres (et, bien entendu, du *judge advocate*) et de toute personne assermentée. Le *judge advocate* ouvre les débats et indique aux membres quelles sont les peines et les principes à suivre. La peine est fixée à la majorité si nécessaire et les officiers membres donnent leur avis oralement, par ordre croissant d'ancienneté. Le *judge advocate* choisit à quel moment il vote. En cas de partage des voix, le président dispose d'une seconde voix, ou voix prépondérante, qu'il ne peut exercer qu'une fois.

Sa voix est donc déterminante. Lorsque la peine est fixée, elle est portée sur le registre tenu par le *judge advocate*. Le président et ce dernier signent le registre.»

61. Enfin, le paragraphe 44 dispose :

«Après que le président a déclaré le procès clos et ordonné à l'huissier du tribunal de faire son travail, et que le *judge advocate* a dissous la cour, le président peut inviter les officiers assermentés à exprimer leur point de vue sur l'affaire. Il doit ensuite leur rappeler qu'ils sont tenus au secret de par leur serment avant de les libérer. L'huissier reçoit l'ordre de brûler ou déchiqueter les papiers inutiles. (...)»

62. Le document d'information comporte un aide-mémoire à l'intention des présidents non permanents des cours martiales (annexe A). Ce texte décrit la procédure devant une cour martiale sous l'angle des devoirs et du rôle du président. L'annexe B décrit les tâches de l'huissier du tribunal (qui consistent essentiellement à veiller au bon déroulement du procès). L'annexe C contient les règles générales applicables aux personnes qui siègent ou assistent aux procès en cour martiale, concernant selon le cas le port de la perruque, la manière dont doivent s'asseoir les témoins et le public et autres aspects de l'étiquette.

#### **D. L'affaire *R. v. Boyd and Others* (Chambre des lords, 18 juillet 2002)**

63. Les appelants (membres de la RAF et de l'armée de terre) furent déclarés coupables par une cour martiale de district (sauf un qui avait plaidé coupable). Ils interjetèrent en vain appel devant la cour martiale d'appel. Devant la Chambre des lords, trois d'entre eux firent valoir que, eu égard au rôle tenu par le président permanent, leur procès en cour martiale n'avait pas été mené avec indépendance et impartialité. Les autres appelants contestaient plus généralement la compatibilité avec l'article 6 § 1 de la Convention de leur procès en cour martiale pour une infraction relevant du droit pénal ordinaire. La Chambre des lords les autorisa à la saisir.

64. Avant que la Chambre des lords ne rende son arrêt dans cette affaire, une chambre de la Cour européenne des Droits de l'Homme adopta l'arrêt *Morris c. Royaume-Uni* (n° 38784/97, CEDH 2002-I), où elle concluait que la cour martiale (de l'armée de terre) qui avait jugé M. Morris, réunie conformément à la loi de 1996, n'avait pas respecté les exigences d'indépendance et d'impartialité énoncées à l'article 6 § 1 de la Convention.

65. Par la suite, la Chambre des lords rejeta à l'unanimité le recours formé dans l'affaire *R. v. Boyd and Others*. Lord Steyn, Lord Hutton et Lord Scott of Foscote se rallièrent aux arrêts détaillés rendus par Lord Bingham of Cornhill et Lord Rodger of Earlsferry.



### 1. L'arrêt de Lord Bingham of Cornhill

66. Lord Bingham rejeta les allégations de manque d'impartialité et d'indépendance formulées à l'encontre du président permanent et sous-crivit à la conclusion rendue par la Cour à ce sujet dans l'arrêt *Morris* précité :

« Il ne fait pour moi aucun doute que (...) la Cour européenne [a] raison. Les présidents permanents sont désignés à ce poste en fin de carrière, dans l'armée de terre comme dans la [RAF]. Il s'agit d'officiers qui n'ont pas à espérer de promotion ni à craindre le renvoi. Alors que, en tant qu'officiers, ils doivent répondre des infractions extrajudiciaires qu'ils commettent, comme c'est le cas de tout juge, ils ne rendent compte à personne de la manière dont ils s'acquittent de leur fonction judiciaire. Les seuls faits sur lesquels [les appelants] peuvent s'appuyer sont les rapports concernant le lieutenant-colonel Chambers, qui a présidé [l'un des procès en cour martiale de la RAF] (il n'existe pas de rapport sur les présidents permanents de l'armée de terre). Il serait à mon avis préférable que les officiers occupant les fonctions de président permanent ne fassent pas l'objet de rapports annuels, mais ceux rédigés sur le lieutenant-colonel Chambers ne contiennent aucun élément susceptible d'étayer sur le fond l'argument [des appelants]. Tout en louant l'efficacité du lieutenant-colonel en tant que président permanent, ils ne renferment pas la moindre allusion à la qualité ou à la nature de l'une quelconque de ses décisions judiciaires, mais font au contraire expressément référence au caractère solitaire, autonome et indépendant de sa fonction. Cette contestation est donc dénuée de fondement. »

67. Quant au rôle des membres ordinaires ou subalternes de la cour martiale, Lord Bingham déclara :

« Il va sans dire que tout arrêt de la Cour européenne inspire le plus grand respect ; par ailleurs, l'article 2 § 1 de la loi de 1998 sur les droits de l'homme impose à la Chambre de prendre en compte ces arrêts, ce qu'elle fait du reste systématiquement. Toutefois, l'affaire *Morris* soulevait un grand nombre de questions, et il paraît clair que, sur ce point particulier, la Cour européenne n'a pas disposé de toute l'aide nécessaire pour parvenir à sa conclusion. Il est vrai que les officiers subalternes qui siègent en cour martiale n'ont qu'une très mince formation juridique, mais cela vaut également pour le président permanent, dont la présence a été considérée [dans l'arrêt *Morris*] comme garantissant le respect des droits de l'accusé. Il est vrai aussi que les officiers subalternes siégeant en cour martiale restent soumis à la discipline militaire et à des rapports d'évaluation. Mais rien ne donne à croire qu'un rapport ait jamais été rédigé au sujet des décisions rendues par un officier subalterne en sa qualité de membre d'une cour martiale, et l'on voit mal comment un tel rapport pourrait être écrit étant donné que les membres sont tenus de par le serment qu'ils prêtent de ne pas divulguer la teneur des délibérations de la cour. Rien n'indique qu'ils restent soumis à la discipline de l'armée dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires et, là encore, on voit mal comment ils pourraient l'être. Il est vrai que la loi n'interdit pas qu'un officier soit soumis à des influences militaires extérieures lorsqu'il siège dans une affaire. Toute personne cherchant à influencer sur la décision d'un membre d'une cour martiale ailleurs qu'à l'audience s'exposerait néanmoins à être poursuivie soit pour entrave ou tentative d'entrave au bon fonctionnement de la justice, soit en vertu de l'article 69 de la loi de 1955. Les officiers siégeant en cour martiale sont choisis au sein d'un commandement différent de celui dont relève l'accusé. Le document d'information adressé aux officiers

membres des cours martiales avant qu'ils ne siègent leur enjoint de ne «parle[r] à aucun membre de l'unité ni en aucun cas aux officiers de l'unité, qui sont susceptibles d'assister au procès à titre officiel ou comme spectateurs». Ils reçoivent par écrit l'ordre de ne parler de l'affaire à personne (hormis aux autres membres de la cour martiale lorsqu'ils sont tous réunis) tant que le procès n'est pas terminé. Cet ordre est systématiquement rappelé par le *judge advocate*. Les officiers ne séjournent pas dans l'unité de l'accusé et doivent éviter de s'exposer à «l'influence de l'unité locale». Ils ne doivent pas «fréquenter le personnel de la formation ou de l'unité pour des raisons professionnelles ou sociales tant que le procès n'est pas terminé». Au début de l'audience, les officiers prêtent serment dans des termes cités [au paragraphe 27 de l'arrêt de la Cour européenne dans l'affaire *Morris*] : ils jurent de juger l'accusé en se «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». Pour juger de l'indépendance et de l'impartialité du président permanent, tant la [cour martiale d'appel dans le cas des appelants] que la Cour européenne dans l'affaire *Morris* (...) ont accordé de l'importance aux conventions et pratiques établies. A mon sens, les dispositions régissant le rôle des officiers subalternes lorsqu'ils siègent en cour martiale sont telles qu'en pratique l'accusé est effectivement à l'abri du risque qu'ils subissent «des influences militaires extérieures». Je suis convaincu que telle est la conclusion à laquelle la Cour européenne serait parvenue si la situation lui avait été présentée de manière plus complète.»

68. A propos des critiques formulées dans l'arrêt *Morris* au sujet de l'autorité de contrôle, Lord Bingham déclara :

«Son rôle peut certes passer pour une anomalie, étant donné qu'habituellement une décision contraignante adoptée par un tribunal quel qu'il soit ne peut être modifiée que (exceptionnellement) par lui-même ou par une juridiction d'appel supérieure. Il convient toutefois de noter que l'examen du verdict et de la peine mené par l'autorité de contrôle, à la demande de l'accusé ou non (...) ne peut aboutir qu'à un résultat favorable à ce dernier. En effet, l'autorité de contrôle ne peut déclarer l'accusé coupable d'une infraction plus grave ni prononcer une peine qu'elle jugerait plus lourde (article 113AA4)). Cette disposition ne confère pas un pouvoir discrétionnaire, mais invite à exercer un jugement. Il s'agit du même exercice que celui qui est demandé à la Cour d'appel (...) et qui n'a donné lieu à aucune difficulté en pratique. Si l'autorité de contrôle devait prononcer une peine que l'accusé considérerait comme plus sévère que celle rendue initialement par la cour martiale, il aurait la possibilité de contester la nouvelle peine en formant un recours devant la [cour martiale d'appel]. Il est important à cet égard de noter que l'intervention de l'autorité de contrôle ne diminue en rien les droits de l'accusé en appel. Il est difficile de voir quel est le point commun avec le cas de figure examiné par la Cour européenne dans l'affaire *Brumărescu c. Roumanie* (...) où le requérant, qui disposait d'une décision de justice définitive et irrévocable en sa faveur, a été privé du bénéfice de cette décision par un jugement rendu ultérieurement à l'issue d'une procédure engagée par une personne qui n'était pas partie à la procédure précédente. Si une cour martiale n'est pas un tribunal indépendant et impartial aux fins de juger les militaires ayant commis des infractions civiles en Angleterre et au pays de Galles, l'autorité de contrôle n'y peut rien changer. Dans le cas contraire, je comprends mal comment le rôle de l'autorité de contrôle pourrait compromettre ou diminuer l'indépendance et l'impartialité de la cour martiale. Reconnaissant le côté délicat de cette argumentation, [les appelants] n'ont pas cherché à soutenir l'arrêt de la Cour européenne sur ce point.»

69. Les appelants avaient également fait valoir de manière plus générale que la culture de l'armée était telle qu'elle incitait les personnes participant à une cour martiale à accorder un poids excessif aux valeurs de discipline et de moral des troupes au point de priver tout procès d'équité. Ils alléguaient que le rituel entourant les procès en cour martiale était oppressant et injuste. Lord Bingham déclara à ce propos :

«Je n'aurais pour ma part aucun mal à convenir qu'une cour martiale est un tribunal, non le lieu d'une parade militaire, et que ses procédures (empreintes à juste titre d'un certain formalisme) doivent être celles qui conviennent à une salle d'audience et non à un tel lieu. J'admets aussi que les officiers siégeant en cour martiale réprovent l'attitude de ceux qui ont enfreint les lois régissant l'arme dans laquelle ils servent. Mais les juges et jurés siégeant à la *Crown Court* réprovent eux aussi les personnes qui ont enfreint le droit pénal ordinaire. Il n'y a aucune raison de croire que, dans le premier cas plus que dans le second, pareille réprobation influe sur la méthode suivie par le tribunal pour juger si l'accusé en cause a violé la loi comme indiqué dans l'acte d'accusation. Les officiers sont mieux à même que quiconque de se rendre compte que condamner une personne dont la culpabilité n'a pas été établie ne sert pas à renforcer la discipline et le moral mais à semer le mécontentement, voire la révolte. En l'absence de toute preuve à l'appui, je ne saurais admettre l'idée que, de nos jours, un officier quel qu'il soit peut, au mépris du serment qu'il a prêté, exercer son jugement autrement qu'en toute indépendance et impartialité, ni l'idée qu'un observateur raisonnable et informé peut penser qu'il risque d'agir ainsi.»

## 2. L'arrêt de Lord Rodger of Earlsferry

70. Lord Rodger rejeta l'allégation selon laquelle, par nature, le procès en cour martiale d'un militaire ayant commis une infraction civile est incompatible avec l'article 6 § 1 de la Convention. Il renvoya à cet égard à l'arrêt rendu par la Cour en l'affaire *Engel et autres c. Pays-Bas* (arrêt du 8 juin 1976, série A n° 22) ainsi qu'à l'arrêt *Morris* précité (§ 59). Etant donné qu'un procès en cour martiale n'est pas en soi contraire à l'article 6 § 1, la question de savoir si la cour martiale peut passer pour un tribunal indépendant et impartial serait fonction des garanties mises en place. Il nota à cet égard de manière générale :

«Une telle allégation oblige, pour commencer, à se demander ce que signifie l'exigence qu'un tribunal soit indépendant et impartial. Comme la Cour européenne le note dans l'affaire *Morris* (...) les concepts d'indépendance et d'impartialité objective sont étroitement liés. Dans les affaires à l'étude, en substance, la cour martiale doit être protégée du risque de subir l'influence de l'accusation, d'une part, et des autorités militaires pertinentes, d'autre part, notamment de celle des officiers supérieurs qui pourraient rechercher un résultat particulier, prétendument pour préserver le moral et la discipline dans l'armée ou dans une unité donnée. La fonction d'officier convocatrice ayant été supprimée par la loi de 1996, la question de l'indépendance des membres du tribunal à l'égard de l'accusation ne s'est pas posée dans ces affaires. En revanche, l'article 6 n'exige pas des membres du tribunal qu'ils ne partagent pas les valeurs de la communauté militaire à laquelle ils appartiennent, pas plus qu'il n'exige des juges ou

jurés d'un tribunal civil qu'ils se démarquent des valeurs de la communauté élargie qui est la leur. Ce qui importe est que, tout en partageant les valeurs de la communauté militaire, les membres de la cour martiale mettent de côté tout parti pris et fassent preuve d'indépendance et d'impartialité – au vu de tous – lorsqu'ils statuent sur les questions que pose l'affaire dont ils sont saisis.»

71. Quant aux présidents permanents, Lord Rodger observa que, s'ils ne sont plus soumis à des rapports d'évaluation depuis 1997 dans l'armée de terre, ils continuent de l'être dans la RAF. Il estima pour sa part que «cette pratique n'est ni souhaitable ni, comme le montre l'expérience au sein de l'armée de terre, nécessaire. Il serait préférable d'y mettre fin». Toutefois, il releva que ces rapports en général, et ceux rédigés dans les affaires à l'étude en particulier, traitent de la manière dont le président permanent remplit son rôle (en abordant les aspects administratifs de cette fonction) et ne portent pas sur les décisions qu'il prend lorsqu'il siège en cour martiale. De fait, Lord Rodger constata que les rapports en question reconnaissent que le président permanent a un rôle «solitaire, autonome et qui demande de l'indépendance», que le secrétaire à l'armée de l'air «honore et respecte». Ces rapports ne fourniraient donc pas la moindre raison de douter de l'indépendance des présidents permanents; bien au contraire, Lord Rodger considéra que

«(...) toutes les personnes qui participent à la préparation de ces rapports sont parfaitement conscientes de la nécessité de ne pas contrôler les décisions prises par [le président permanent] en sa qualité de président. A supposer que quelqu'un ait voulu le faire, le serment par lequel les membres des cours martiales sont tenus au secret aurait rendu impossible toute enquête sur ces décisions.»

72. A propos des autres membres de la cour martiale, Lord Rodger nota la conclusion de la Cour dans l'affaire *Morris*. Toutefois, il observa aussi que «quelle qu'en soit la raison (...) la Cour européenne a reçu moins d'informations que la [Chambre des lords] au sujet des garanties applicables aux officiers siégeant en cour martiale». Il dressa un parallèle entre les membres de la cour martiale et les jurés, relevant que, tandis que les jurés viennent au procès avec certains préjugés et certaines expériences, les juridictions internes et la Cour européenne considèrent que le serment qu'ils prêtent et les instructions qu'ils reçoivent du juge du fond constituent des garanties suffisantes pour assurer qu'ils mettent leurs préjugés de côté et rendent un verdict juste en se fondant sur les preuves. Or les membres des cours martiales prêtent un serment analogue et le *judge advocate* leur donne des instructions comparables à celles que le juge donne aux jurés; il n'y aurait donc aucune raison de supposer que les membres d'une cour martiale sont moins fidèles à leur serment ou appliquent les instructions du *judge advocate* avec moins de zèle que ne le feraient les jurés, alors même que «la confiance et l'obéissance aux ordres» sont importants pour les officiers siégeant en cour martiale.

73. De fait, Lord Rodger considéra que les mesures prises pour assurer l'indépendance et l'impartialité des membres des cours martiales sont, d'un certain point de vue, encore plus strictes que celles concernant les jurés. Il releva que ces mesures n'avaient pas été présentées à la Cour dans l'affaire *Morris* et s'employa à les exposer en détail. A cet égard, il cita le document d'information adressé aux membres des cours martiales, signalant que les paragraphes 2, 3, 4, 6, 8, 9, 20, 21, 25, 29, 30, 33, 35, 36, 39, 40, 42 et 45 de ce document contenaient des garanties pertinentes. Il indiqua à ce propos :

« Les diverses dispositions que j'ai relevées dans le document d'information destiné aux membres des cours martiales renforcent considérablement la consigne, contenue en tout état de cause dans le serment et les instructions du *judge advocate*, selon laquelle les membres doivent agir avec indépendance et impartialité. Afin que l'on voie qu'ils évitent de s'exposer à l'influence de l'unité locale, ils ne doivent pas séjourner dans les parties communes de l'unité de l'accusé. Ils ne doivent pas parler au personnel de l'unité et surtout pas aux officiers susceptibles de participer au procès – sous peine d'être exclus de celui-ci voire de le compromettre. Ils ne doivent pas fréquenter ces personnes professionnellement ou socialement tant que le procès n'est pas terminé. Il est interdit au président de donner des informations aux autres membres de la cour en l'absence du *judge advocate*. Les membres doivent dire à l'officier administrateur s'ils savent sur l'accusé quelque chose qui pourrait nuire à leur impartialité ou s'ils connaissent une personne pouvant être témoin dans l'affaire. Les membres sont avertis qu'ils ne doivent parler à personne de l'affaire tant qu'elle est en cours. Ils ne doivent pas regarder les papiers posés devant le *judge advocate*, le procureur ou l'avocat de la défense, afin de ne pas voir quelque chose qui ne leur est pas destiné. Lorsqu'ils délibèrent sur la culpabilité ou la peine, le membre le moins gradé doit s'exprimer oralement le premier – là encore, à l'évidence, pour que les membres les plus bas dans la hiérarchie donnent leur avis personnel sans subir l'influence des officiers plus gradés. Conformément au serment qu'ils prêtent, les délibérations des membres doivent rester secrètes. Ce caractère secret est encore renforcé par l'instruction donnée à l'huissier de la cour à la fin du procès de brûler ou déchiqueter tous les papiers inutiles. L'objectif est une fois encore d'empêcher que les membres ne ressentent ou ne subissent une pression extérieure pendant ou après le procès du fait qu'ils participent à la prise de décision en l'affaire.

[Les appelants] n'ont pas laissé entendre qu'il ne s'agissait pas d'authentiques instructions données aux membres pour qu'ils les respectent. Ils n'ont pas non plus insinué que ces instructions étaient en pratique ignorées ni qu'elles avaient été ignorées dans ces affaires particulières. Or si elles sont bien observées, je trouve difficile, voire impossible, de comprendre comment qui que ce soit, à l'intérieur ou, plus particulièrement, à l'extérieur de la cour, pourrait indûment influencer sur la décision des membres quant à la culpabilité ou à la peine. Il est vraiment difficile de voir ce que l'on pourrait faire de plus pour assurer que, tant qu'ils siègent en cour martiale, les officiers agissent non comme des militaires soumis aux ordres mais comme des membres de la cour indépendants et impartiaux, qui fixent le verdict et la peine en appliquant la loi mais aussi en leur âme et conscience. »

74. Lord Rodger releva toutefois deux caractéristiques qui distinguent les membres d'une cour martiale d'un jury ordinaire, sans que cela ne diminuât à son avis l'indépendance des premiers :

« D'abord, de nos jours, la plupart des jurés ne sauraient rien des habitudes, périodes d'ennui et plaisirs, douleurs et pressions de la vie dans l'armée, alors que beaucoup de leurs pères et grands-pères les connaissaient. Les membres des cours martiales, en revanche, savent tout de cette vie et de la société dans laquelle l'accusé vit et travaille. [Le conseil des appelants] a laissé entendre que les officiers d'une cour martiale, imprégnés de par leur formation des notions de grade et de discipline, ont toujours tendance à ajouter foi au témoignage d'un autre officier ou d'un sous-officier de préférence à celui d'un simple soldat. Au contraire, les membres d'un jury, libres de tout préjugé de cette sorte, seraient en mesure de voir les choses plus clairement et de juger sur la seule base des preuves dont ils disposent. Bien entendu, il ne s'agit là que d'une simple affirmation qui n'est et ne peut être étayée par aucune preuve. De fait, elle est quelque peu mise à mal par la condamnation de [deux des] appelants (...) La condamnation de [ces appelants] se fondait sur le témoignage de [deux soldats de la garde] (...) Pour accueillir la déposition des gardes, la cour martiale a dû se refuser à ajouter foi aux dépositions de leurs supérieurs (...) Quoi qu'il en soit, il est tout aussi possible de présenter l'argument inverse – qui ne serait lui aussi rien de plus qu'une affirmation – à savoir que des officiers qui connaissent bien la vie dans l'armée et sont en contact étroit avec des militaires de tous grades peuvent être moins impressionnés par le grade et mieux à même de juger des réalités sous-jacentes que des jurés confrontés pour la première fois à des officiers ou sous-officiers leur présentant un récit en apparence plausible. De ce point de vue, les connaissances et expériences spécialisées acquises par les membres de la cour martiale peuvent passer pour un réel avantage et non pour un inconvénient. Quoi qu'il en soit, je ne vois aucune raison de penser que, lorsqu'ils sont dûment instruits par le *judge advocate*, les officiers d'une cour martiale ne peuvent apprécier correctement les preuves et rendre un verdict loyal fondé sur celles-ci. Je rejette donc l'argument des appelants à cet égard.

Les membres de la cour martiale, lorsqu'ils fixent la peine, jouent un rôle qui ne fait pas partie des fonctions de juré au Royaume-Uni. J'admets qu'en choisissant la peine les membres doivent effectivement tenir compte de questions telles que les conséquences de l'infraction sur le moral et la discipline dans l'armée. Ils sont à l'évidence plus au courant de tels effets qu'un juge civil. Partant, alors que les garanties d'indépendance et d'impartialité des membres devraient impliquer qu'ils rendent leur verdict quasiment de la même manière que les jurés dans un procès civil, on ne saurait supposer que, en fixant la peine, la cour martiale donne nécessairement tout à fait le même poids à ces considérations militaires que le ferait un juge de la *Crown Court*. Il se peut donc que les peines prononcées par une cour martiale ne coïncident pas exactement avec celles qu'un juge civil rendrait pour les mêmes faits. A mon avis, cela ne remet pas en cause les décisions de la cour martiale, que ce soit de manière générale ou sous l'angle de l'article 6. Toute différence en matière de peines ne signifie pas que les membres ne sont pas indépendants et impartiaux, mais simplement que, bien qu'ils possèdent ces deux qualités, ils sont susceptibles d'apprécier autrement les différents facteurs en jeu. (...) Il faut garder (...) deux autres points présents à l'esprit. Premièrement, le *judge advocate* donne aux autres membres des conseils quant à la peine et participe en outre au vote sur la peine. Il est ainsi en mesure de transmettre son point de vue éclairé de juriste quant à la peine adéquate. Deuxièmement, c'est là une garantie supplémentaire, toute peine infligée par une cour martiale est revue non seulement par l'autorité de contrôle mais aussi en appel, au motif qu'elle n'est pas appropriée, sur autorisation de la [cour martiale d'appel]. Les membres de la [cour martiale d'appel] sont des juges civils qui sont en mesure de corriger toute sanction inadéquate infligée par la cour martiale en raison de la formation militaire de ses membres.»

75. Lord Rodger considéra qu'il fallait garder toutes ces questions à l'esprit lorsque l'on étudie les particularités des membres de la cour martiale auxquelles la chambre de la Cour a accordé de l'importance dans l'affaire *Morris*. Il cerna et rejeta ensuite les préoccupations spécifiques exprimées dans cette affaire par la chambre quant à l'indépendance des membres ordinaires de la cour martiale :

« La première préoccupation était que les officiers membres de la cour martiale n'ont pas de formation juridique. Cela est aussi vrai des affaires à l'étude et doit de fait être vrai de presque toutes les affaires. Comme le montre le document d'information, les officiers susceptibles d'être appelés à siéger en cour martiale reçoivent une certaine formation dans la mesure où ils sont autorisés à assister à un procès pour l'observer, y compris aux délibérations des membres. Cela veut dire que, lorsqu'ils sont à leur tour amenés à siéger, les procédures ne leur sont pas totalement inconnues ou étrangères, mais cela s'arrête là. Tandis que, dans l'affaire *Morris c. Royaume-Uni*, la troisième chambre a paru prendre l'absence de formation juridique pour une lacune importante, comme je l'ai déjà indiqué, dans l'affaire *Engel c. Pays-Bas (...)*, la Cour européenne avait dit que la Haute Cour militaire néerlandaise constituait un tribunal indépendant et impartial, alors même que quatre de ses six membres étaient des officiers de l'armée sans formation juridique. Eu égard aux autres garanties existant dans les affaires en cause ici, je ne vois aucune raison de conclure que l'absence de formation juridique a nui à l'indépendance et à l'impartialité des membres de la cour martiale.

La Cour européenne a accordé de l'importance au fait que les officiers autres que le président permanent restaient soumis à la discipline militaire et à des rapports d'évaluation. Pour autant que les membres des cours martiales dans les affaires en cause restaient aussi soumis à la discipline militaire, ils étaient simplement logés à la même enseigne que les militaires en service dans l'armée. Cela devait également être le cas des militaires membres de la Haute Cour militaire néerlandaise dont il était question dans l'affaire *Engel c. Pays-Bas*. De plus, les informations plus complètes dont la Chambre des lords dispose quant aux garanties instaurées pour protéger l'indépendance des membres des cours martiales montrent clairement, selon moi, que, tout comme les officiers néerlandais dans l'affaire *Engel c. Pays-Bas*, dans ces affaires-ci, les officiers n'auraient pas été sous le commandement d'une quelconque autorité supérieure dans leur fonction de membre des cours martiales. De fait, comme [le ministre de la Défense] l'a souligné, et contrairement à ce que la Cour européenne a supposé, il existait même une disposition légale formelle interdisant à tout officier supérieur de chercher à influencer sur leur décision, car cela aurait constitué une infraction pénale, à savoir une tentative d'entrave au bon fonctionnement de la justice.

Il est bien entendu vrai que, dans ces affaires comme dans l'affaire *Morris c. Royaume-Uni*, mis à part les [présidents permanents], les officiers siégeant en cour martiale continuaient à faire l'objet de rapports. [Les appelants] ont de fait attiré l'attention sur un certain nombre de tels rapports indiquant que, pendant l'année concernée, l'officier en question avait été membre d'une cour martiale. Cela n'est pas critiquable en soi puisque l'information selon laquelle l'officier en cause a connu cette expérience peut se révéler pertinente par la suite, par exemple lors de la désignation d'un président permanent. Il serait en revanche critiquable qu'un rapport fasse référence, en bien ou en mal, aux décisions prises par un officier quand il a siégé en cour martiale. Or [les appelants] n'ont pu citer aucun rapport où cela ait été le cas. Le seul rapport évoquant les fonctions accomplies par un officier au sein d'une cour martiale concerne [une

femme officier]: «Son incursion dans l'univers des cours martiales lui a valu des marques d'approbation pour sa contribution vive et intelligente au processus juridique.» Le rapport indiquait que [cette femme officier] avait tenu le rôle non seulement de membre subalterne au sein de plusieurs cours martiales mais aussi d'officier défenseur adjoint d'un membre de l'armée de l'air comparaisant devant une cour martiale générale. Il apparaît que le commentaire précité se rapportait probablement plutôt à ce deuxième rôle. Quoi qu'il en soit, ce rapport ne contient aucune remarque sur une décision que [cette femme officier] aurait prise en sa qualité de membre de la cour martiale. Le conseil du [ministre de la Défense] a d'ailleurs montré à la Chambre [des lords] un certain nombre de déclarations qui émanaient d'officiers s'occupant de questions de personnel et ayant lu des milliers de rapports annuels sans y trouver mention de pareille chose. Dans ces conditions, m'appuyant une fois encore sur ces renseignements plus détaillés, je ne partage pas le point de vue exposé par la Cour européenne dans l'affaire *Morris c. Royaume-Uni*, à savoir que le fait que les officiers siégeant en cour martiale continuent à être l'objet de rapports annuels nuit à leur indépendance et à leur impartialité.

Pour toutes ces raisons, je considère que les personnes chargées d'administrer le système des cours martiales se sont donné du mal pour mettre en place une série de garanties pratiques conçues pour assurer l'indépendance et l'impartialité de ceux qui y siègent. Cela n'a d'ailleurs rien de surprenant. La [cour martiale d'appel] avance un argument qui est loin d'être dénué de poids: si l'on doit prendre les considérations militaires comme un aspect ou une fonction de l'intérêt public, il faut que la procédure de cour martiale soit – au vu de tous – équitable et impartiale et, autant que faire se peut, débouche sur des résultats exacts. Faute de quoi, le système n'inspirerait plus confiance ni aux militaires ni au public, ce qui ne serait pas sans conséquence sur l'ordre et la discipline.

Eu égard en particulier aux informations dont la Cour européenne n'a pas disposé, je conclus que les garanties prévues par le système sont telles qu'aucun observateur juste et bien renseigné les ayant étudiées ne pourrait conclure qu'il y avait une possibilité réelle que les cours martiales manquent dans ces affaires d'indépendance ou d'impartialité. En d'autres termes, elles étaient objectivement indépendantes et impartiales. C'est pourquoi je rejette la contestation portant sur le rôle des officiers membres des cours martiales soumise sous l'angle de l'article 6. »

76. Pour finir, Lord Rodger en vint à l'autorité de contrôle et à la conclusion de l'arrêt *Morris* selon laquelle le rôle de cette autorité constituait en soi une raison de dire que la cour martiale réunie dans cette affaire ne constituait pas un tribunal indépendant et impartial. Lord Rodger ne souscrivit pas à cette affirmation. Il nota d'ailleurs que les appelants comparaisant devant la Chambre des lords avaient eux-mêmes éprouvé des difficultés à soutenir le raisonnement adopté à cet égard par la Cour dans l'arrêt *Morris*. Il poursuivit :

«L'autorité de contrôle, j'en conviens, est une institution inhabituelle. Elle ne fonctionne pas comme un tribunal ordinaire et, à un certain niveau de raisonnement théorique, son existence peut paraître inconciliable avec le principe d'un examen des chefs d'accusation seulement par des «tribunaux». Telle est la manière dont la Cour européenne paraît avoir considéré les choses. Or si, comme la Cour l'indique, la question peut aussi être prise comme portant sur l'indépendance de la cour martiale, il me semble difficile de voir comment l'existence de cet organe influe sur cette indépen-



dance. Il pourrait bien entendu en aller autrement s'il avait été allégué que les décisions des cours martiales sont influencées par l'existence de l'autorité de contrôle, par exemple parce qu'elles tendent à condamner plus facilement ou à imposer des peines plus lourdes en sachant que l'autorité de contrôle pourra toujours les annuler. Or [les appelants] n'ont formulé aucune suggestion en ce sens et les informations dont la Chambre dispose ne contiennent pas le moindre élément pour étayer ce point de vue. Au contraire, [les appelants] ont admis que l'existence d'un contrôle ne pouvait que jouer en la faveur, et non au détriment, d'une personne reconnue coupable. En particulier, cela fournit un moyen simple et rapide de corriger une décision erronée d'une cour martiale.

(...)

Lorsqu'elle a rendu sa conclusion à ce sujet, la Cour européenne s'est montrée particulièrement préoccupée par le fait que la décision sur le point de savoir si la nouvelle peine éventuellement prononcée aurait été plus ou moins sévère que celle infligée par la cour martiale aurait été laissée à l'appréciation de l'autorité de contrôle. Or, lorsqu'elle a formulé cette observation, il semble que la Cour n'ait pas été renvoyée ou qu'elle n'ait pas pensé au supplément à l'article 71 § 1 de la [loi de 1955] qui établit sur le plan du droit la position relative des sanctions dans l'échelle des peines indiquée dans cette disposition et qui traite en particulier des rapports entre détention et emprisonnement. Si l'on prend ces dispositions en compte, on voit mal comment, en réalité, l'autorité de contrôle jouirait de la marge de manœuvre nécessaire pour exercer le pouvoir discrétionnaire qui semble avoir gêné la Cour européenne. En vérité, l'avocat n'a pu citer aucun cas où la sévérité relative de deux peines ait soulevé un problème. Si, toutefois, l'autorité de contrôle devait par hasard commettre une erreur, la personne touchée pourrait demander à la juridiction d'appel l'autorisation de la saisir.

Dans toutes les affaires en appel sauf [une], l'autorité de contrôle n'est pas intervenue, mais les appelants ont été autorisés à saisir la [cour martiale d'appel]. Lorsqu'ils avaient d'autres moyens d'appel défendables concernant le verdict ou la peine, la [cour martiale d'appel] les a examinés, ainsi que les moyens tirés de l'article 6, dans des arrêts motivés. Dans ces conditions, avec tout le respect qui est dû à l'arrêt rendu par la Cour européenne dans l'affaire *Morris c. Royaume-Uni*, je ne puis comprendre comment la simple existence de l'autorité de contrôle, ou la réduction d'[une] durée de détention [dans une affaire], pourrait conduire à conclure que l'examen des chefs d'accusation dirigés contre les appelants n'a pas été mené par un «tribunal indépendant et impartial» aux fins de l'article 6. Partant, je rejette l'argument que les appelants tirent de l'article 6 quant au rôle de l'autorité de contrôle.»

## E. Statistiques pertinentes

77. Le taux d'acquiescement dans des procès où la culpabilité est contestée a été pour les cours martiales de l'armée de l'air de 52 % en 2002 et, pour les *Crown Courts*, de :

- 42,8 % pour l'année finissant en mars 1999,
- 42,8 % pour l'année finissant en mars 2000,
- 44,3 % pour l'année finissant en mars 2001,
- 42 % pour l'année finissant en mars 2002,
- 37,4 % pour l'année finissant en décembre 2002.

## EN DROIT

78. Le requérant allègue, sous l'angle de l'article 6 § 1 de la Convention, que la cour martiale qui l'a jugé, composée conformément à la loi de 1996, a manqué d'indépendance et d'impartialité, raison pour laquelle il n'a pas bénéficié d'un procès équitable. L'article 6 § 1 dispose en ses passages pertinents :

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement (...) par un tribunal indépendant et impartial (...) qui décidera (...) du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. (...) »

### I. SUR LA RECEVABILITÉ DU GRIEF

79. Le Gouvernement plaide que le grief est manifestement dénué de fondement, sans formuler d'autre exception d'irrecevabilité.

80. Il ne prête pas à controverse que la décision interne définitive est celle rendue par la cour martiale d'appel le 5 février 1999. La requête ayant été introduite le 8 juin 1999, elle l'a été dans le délai de six mois fixé à l'article 34 de la Convention. De plus, la Cour considère que, compte tenu de la nature de l'accusation (vol contraire à la loi de 1968 sur le vol) et de la nature et de la sévérité de la peine prononcée (cinquante-six jours d'emprisonnement), la procédure en cour martiale a porté sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale dirigée contre le requérant (arrêt *Engel et autres* précité, pp. 34-35, §§ 82-83, et, plus récemment, *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni* [GC], n<sup>os</sup> 39665/98 et 40086/98, §§ 69-130, CEDH 2003-X).

81. La Cour estime que le grief du requérant soulève des questions de droit suffisamment sérieuses pour qu'elle ne puisse statuer à son sujet sans procéder auparavant à son examen au fond. La requête ne se heurtant à aucun autre motif d'irrecevabilité, la Cour la déclare recevable. Conformément à sa décision d'appliquer l'article 29 § 3 de la Convention (paragraphe 6 et 9 ci-dessus), la Cour entend étudier sur-le-champ le fond du grief.

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

#### A. Les arguments du requérant

82. Le requérant admet que la loi de 1996 a répondu à quelques-unes des préoccupations exprimées par la Cour dans l'arrêt *Findlay c. Royaume-Uni* (25 février 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-I). Il affirme toutefois que le système de cours martiales postérieur à l'adoption de la loi de 1996 demeure incompatible avec les exigences d'indépendance et d'impartialité, et donc d'équité, posées à l'article 6 § 1 de la Convention.

A cet égard, il marque son désaccord avec certaines des conclusions de la chambre dans l'arrêt *Morris* (cité au paragraphe 64 ci-dessus), bien qu'il approuve celles qui concernent les membres ordinaires des cours martiales et l'autorité de contrôle.

83. De manière générale, il soutient que les tribunaux militaires ne devraient pas connaître des accusations pénales dirigées contre des membres de l'armée en temps de paix en raison de la nature et de l'éthique de l'armée. S'appuyant sur un arrêt rendu par la Cour suprême des Etats-Unis (*Reid v. Covert* – 354 U.S. 269, p. 1240), il fait valoir que l'armée privilégie la discipline et l'efficacité par rapport à la protection des droits individuels, et insiste sur les pressions qui découlent de la chaîne de commandement (passée ou présente), de la supériorité hiérarchique et, à tout le moins, de l'influence générale qu'exerce l'armée sur tous les militaires qui participent à un procès en cour martiale, lesquels sont à l'évidence animés de préoccupations quant à leur solde, leur promotion et leurs perspectives de carrière. Pour le requérant, ces facteurs constituent à eux seuls des motifs légitimes de douter de l'aptitude d'un tribunal militaire à juger en toute indépendance et impartialité des membres de l'armée sur lesquels pèsent des accusations pénales.

84. A titre subsidiaire, il allègue que la cour martiale qui l'a jugé, constituée conformément à la loi de 1996, a manqué d'indépendance et d'impartialité.

85. Il soutient que l'autorité supérieure a pour seule finalité de permettre à un officier de l'armée de l'air britannique (*Royal Air Force* – «la RAF») sans qualification juridique d'intervenir dans le processus de poursuite en renvoyant une affaire à un chef de corps lui aussi dépourvu de telle qualification afin que celui-ci la traite selon une procédure simplifiée. Il considère également que l'autorité supérieure correspond à l'ancien «officier convocateur». Il avance, sans en dire plus, que l'autorité supérieure et le chef de corps sont dans un rapport de commandement direct.

86. Il affirme aussi que l'autorité de poursuite appartient à la «branche juridique» qui dispense des «avis d'ordre général» aux autorités militaires, de sorte que les officiers qui en sont membres subiraient des pressions pour ce qui est de leurs perspectives de carrière et de la discipline. De surcroît, ces officiers risquent eux aussi d'être hiérarchiquement subordonnés à l'autorité supérieure, et donc soumis aux pressions de celle-ci.

87. Le requérant considère que le mode de sélection des membres des cours martiales par l'officier administrateur manque de transparence et ne présente pas l'indépendance et l'impartialité du système antérieur, fondé sur le volontariat.

88. Il fait de plus observer que le président permanent n'a pas de qualification juridique et est «endurci» face aux affaires. Etant

d'un grade supérieur aux membres ordinaires de la cour martiale, il les domine nécessairement. Le requérant n'est par ailleurs pas convaincu que le président permanent qui a présidé à son procès n'ait pas été influencé par la procédure de rapport à laquelle cet officier est soumis.

89. Pour en venir au *judge advocate*, le requérant estime que le paragraphe 21 du document d'information (paragraphe 54 ci-dessus) montre le type de risque qu'entraîne la pratique voulant qu'il siége parmi les membres de la cour martiale.

90. L'intéressé soutient que les membres ordinaires qui ont siégé à son procès en cour martiale se trouvaient dans la même situation que ceux qui avaient participé au procès de M. Morris, raison pour laquelle la Grande Chambre devrait conclure en l'espèce qu'il n'existait pas de garanties suffisantes pour exclure le risque que des pressions et influences extérieures ne s'exercent sur eux.

A son avis, aucun des faits nouveaux pertinents soumis en l'occurrence à la Grande Chambre ne justifie qu'elle s'écarte de la conclusion rendue en ce sens dans l'affaire *Morris*. Le requérant est convaincu que le document d'information rédigé par l'unité administrative des cours martiales de la RAF présenté par le Gouvernement a été élaboré après le prononcé de l'arrêt *Morris* et ne ressemble pas à celui qui était en vigueur lorsqu'il a été traduit en cour martiale en février 1998. S'il existait différentes versions du document d'information avant l'adoption de l'arrêt *Morris*, «il se peut» que celui applicable à l'époque de son procès ait exigé que les membres des cours martiales tiennent compte des insuffisances dues à la jeunesse et au manque d'expérience des avocats de l'accusation, des militaires, par comparaison avec l'expérience des avocats civils de la défense. Le requérant indique que l'attention de son représentant en justice avait été attirée sur pareille exigence. Dans l'affaire *Morris*, la chambre connaissait pertinemment l'existence de l'infraction d'entrave au bon fonctionnement de la justice mais, en tout état de cause, le fait que cette infraction soit prévue ne saurait mettre les membres ordinaires à l'abri des influences et pressions extérieures, qui sont subtiles, liées au contexte et ne portent pas sur un acte ou geste particulier.

91. Enfin, le requérant affirme que le pouvoir de l'autorité de contrôle de modifier les conclusions d'une cour martiale fournit une raison de plus de constater que son procès en cour martiale n'a pas respecté les exigences de l'article 6 § 1. Invoquant les arrêts *Findlay* et *Morris* précités ainsi que l'arrêt *Brumărescu c. Roumanie* ([GC], n° 28342/95, §§ 61-62, CEDH 1999-VII), il soutient que la Chambre des lords a mal appliqué cette jurisprudence de la Cour. Il affirme également que le contrôle opéré ne joue pas toujours en faveur de la personne reconnue coupable; en effet, la cour martiale émettrait des peines plus sévères pour anticiper la réduction qu'effectuera ultérieurement l'autorité de contrôle; la cour martiale d'appel serait fortement influencée par les avis formulés au sujet de la

peine et d'autres facteurs militaires pertinents par le *Judge Advocate General* et par l'autorité de contrôle elle-même (affaire *R. v. McKendry*, précitée); l'autorité de contrôle aurait le pouvoir d'annuler le verdict de la cour martiale et d'autoriser un nouveau procès et, si l'autorité de poursuite peut alors décider de ne pas poursuivre, celle-ci « donnerait le ton » en la matière (affaire *R. v. Holby-Smith* précitée), ce qui ne serait pas toujours bénéfique pour l'intéressé; enfin, l'autorité de contrôle pourrait commettre des erreurs (affaire *R. v. Ball et R. v. Rugg* précitée).

## B. Les arguments du Gouvernement

92. Le Gouvernement constate que, dans son arrêt *Morris*, la Cour a rejeté (tout comme la Chambre des lords) l'argument général du requérant selon lequel les tribunaux militaires ne sauraient juger les membres de l'armée accusés d'une infraction pénale en respectant l'article 6 de la Convention. Dans l'affaire *Morris* ainsi qu'en l'espèce, la question centrale n'est pas celle de savoir si les tribunaux militaires satisfont à l'article 6 en temps de paix ou de guerre mais plutôt si le requérant a bénéficié d'un procès équitable devant un tribunal indépendant et impartial au sens de l'article 6 § 1 de la Convention. Pour sa part, le Gouvernement affirme que tel a bien été le cas.

93. A cet égard, le Gouvernement s'appuie sur les conclusions de la Cour dans l'arrêt *Morris*, à l'exclusion de celles portant sur les membres ordinaires des cours martiales et l'autorité de contrôle. Sur ces deux points, sa préférence va aux conclusions exprimées par la Chambre des lords dans l'affaire *R. v. Boyd and Others* précitée. Le Gouvernement explique que les griefs formulés dans l'affaire *Morris* couvraient un large spectre et qu'il s'était donc efforcé de sélectionner les éléments les plus pertinents pour les soumettre à la Cour. Toutefois, il s'était rendu compte après coup, ce qu'il regrettait, qu'il avait omis de communiquer à la Cour trois éléments importants: la précision que les membres ordinaires ne font pas l'objet de rapports pour ce qui est de leurs décisions judiciaires, le document d'information de l'unité administrative des cours martiales de la RAF destiné aux membres des cours martiales ainsi que le supplément à l'article 71 § 1 de la loi de 1955. Ce sont ces éléments qui ont par la suite permis à la Chambre des lords de parvenir à une conclusion différente de celle énoncée dans l'arrêt *Morris* au sujet des membres ordinaires des cours martiales et de l'autorité de contrôle.

94. Le Gouvernement fait valoir que l'autorité supérieure a un rôle clairement défini et important car elle prend en compte des considérations d'ordre militaire lorsque se pose la question de savoir s'il convient de renvoyer une affaire au chef de corps ou de la transmettre à l'autorité de poursuite qui décidera s'il y a lieu de la classer ou de poursuivre. L'argument du requérant selon lequel l'autorité supérieure est inutile et

ses membres n'ont pas de qualification juridique est dénué de pertinence lorsqu'il s'agit de juger de l'indépendance et de l'équité d'une cour martiale. Par ailleurs, il est totalement faux d'affirmer comme le requérant le fait que cette autorité correspond à l'ancien officier convocatuer et qu'elle empiète sur les attributions de l'autorité de poursuite. Enfin, le Gouvernement ne comprend pas ce que le requérant veut dire lorsqu'il avance que l'autorité supérieure s'inscrit dans la chaîne de commandement : en toute hypothèse, ce n'est pas l'autorité supérieure qui prend la décision de poursuivre.

95. Le Gouvernement souligne que l'autorité de poursuite répond devant l'*Attorney General* de ses fonctions de poursuite et délègue celles-ci à des officiers juristes formant un groupe distinct qui se consacre entièrement aux poursuites. Le processus de rapport valant pour l'autorité de poursuite et ses officiers est parfaitement respectueux de leur indépendance fonctionnelle. L'autorité de poursuite est totalement indépendante de la chaîne de commandement et du pouvoir judiciaire, tout comme ses officiers et, quoi qu'il en soit, ceux-ci sont assujettis à des codes de déontologie qui leur font obligation d'agir avec indépendance et dans l'intérêt de la justice. Rien ne donne à penser que ces officiers subissent des pressions ou influences liées à leur carrière dont on puisse concevoir qu'elles mettent leur indépendance en cause.

96. Les officiers administrateurs étant à tous égards identiques dans la RAF et dans l'armée de terre, le Gouvernement s'appuie sur les conclusions émises à leur sujet par la Cour dans l'arrêt *Morris* (§ 66).

97. Quant au mode de désignation par les officiers administrateurs des membres de la cour martiale qui a jugé le requérant, il n'existe selon le Gouvernement aucun élément qui donnerait à penser que le commandement de l'armée de l'air soit intervenu dans cette opération ; par ailleurs, eu égard aux critères de choix fixés, ni la position de l'officier administrateur ni la manière dont les membres de la cour martiale ont été désignés ne fournissent le moindre motif de douter de l'indépendance de la cour martiale.

98. Le Gouvernement souligne aussi que les présidents permanents sont en dehors de la chaîne de commandement et que, dans l'affaire *Morris*, la Cour a jugé que le président permanent constituait « une garantie d'indépendance significative ». Elle a aussi dit que le *judge advocate* représentait une « garantie importante » d'indépendance (§§ 69 et 71 de l'arrêt *Morris*).

99. Le Gouvernement en vient aux deux questions sur lesquelles la Chambre des lords s'est écartée, dans son arrêt *R. v. Boyd and Others*, des conclusions rendues par la Cour dans l'arrêt *Morris*, à savoir la position des membres ordinaires des cours martiales et le rôle de l'autorité de contrôle.

100. Le Gouvernement conteste les trois motifs avancés dans l'arrêt *Morris* pour étayer la conclusion selon laquelle les garanties existantes

étaient insuffisantes pour exclure le risque que des pressions extérieures ne s'exercent sur les membres ordinaires des cours martiales.

En premier lieu, les membres ordinaires ayant siégé au procès du requérant devant la cour martiale avaient bien bénéficié d'une certaine formation juridique (paragraphe 12 ci-dessus). Quoi qu'il en soit, quatre des six officiers qui faisaient partie de la cour martiale dans l'affaire *Engel et autres* précitée n'avaient aucune formation juridique. De plus, établissant un parallèle entre les jurés et les membres ordinaires des cours martiales (qui, dans les deux cas, n'ont aucune formation juridique et suivent des instructions impératives sur les points de droit données respectivement par le juge du fond et le *judge advocate*), le Gouvernement souligne que la Cour n'a jamais laissé entendre qu'il était contraire à l'article 6 § 1 de la Convention que des jurés non juristes statuent sur la culpabilité. Enfin, nantis du document d'information établi par l'unité administrative des cours martiales de la RAF et des instructions du *judge advocate*, les membres ordinaires avaient selon lui une idée très claire de leur rôle et des tâches qu'ils avaient à accomplir en cour martiale.

En deuxième lieu, il est vrai que les membres de la cour martiale restent soumis à la discipline de l'armée de l'air au sens général parce qu'ils demeurent des officiers de cette arme. Toutefois, ils ne continuent pas à être soumis à la discipline militaire pour ce qui est de leurs décisions judiciaires, en sorte que tout rapport rédigé à leur sujet par les autorités militaires ne doit comporter aucun commentaire sur la manière dont ils s'acquittent de leurs tâches en tant que membres d'une cour martiale, ce qui a bien été le cas en l'espèce. Telle était la situation dans l'affaire *Morris*, et le Gouvernement regrette que cette information n'ait pas été soumise à la Cour lorsqu'elle a examiné cette affaire. En conséquence, le fait que les membres ordinaires demeurent soumis à la discipline de l'armée de l'air ne diminue en rien leur indépendance (il renvoie à l'arrêt *Engel et autres* précité, pp. 12-13, § 30).

En troisième lieu, le Gouvernement estime qu'il existait à l'évidence des mesures suffisantes pour garantir que les membres ordinaires des cours martiales prennent leur décision en toute indépendance. L'entrave ou la tentative d'entrave au bon fonctionnement de la justice constitue une infraction pénale selon la *common law* ainsi qu'une infraction en vertu de l'article 69 de la loi de 1955. Les délibérations pendant lesquelles votent les membres de la cour martiale ont un caractère confidentiel. Chacun des membres prête serment. Comme pour les jurés civils, on peut raisonnablement attendre des membres ordinaires qu'ils respectent les instructions contraignantes du *judge advocate*, qui leur enjoint de juger l'affaire et de rendre un verdict juste en se fondant sur les preuves et en mettant leurs préjugés de côté (*Pullar c. Royaume-Uni*, arrêt du 10 juin 1996, *Recueil* 1996-III, et *Gregory c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 février 1997, *Recueil* 1997-I). Le Gouvernement souligne que le document d'information de l'unité

administrative des cours martiales de la RAF est envoyé à chaque membre de la cour martiale et il insiste sur son contenu. Il n'a pu retrouver le document qui était en vigueur à l'époque où le requérant est passé en cour martiale, mais a soumis celui paru en juillet 1999, dont il affirme qu'il ne contient que des changements minimes par rapport à celui applicable en février 1998. D'après lui, ce document renforce la consigne, proclamée dans le serment, selon laquelle les membres doivent en permanence agir avec indépendance et impartialité, et empêche qu'ils ne ressentent, ou ne subissent réellement, des pressions extérieures pendant ou après le procès. Ce document a convaincu la Chambre des lords que les membres ordinaires jouissaient d'une protection suffisante contre les influences extérieures, et le Gouvernement regrette que la Cour ne l'ait pas eu à sa disposition lorsqu'elle a étudié l'affaire *Morris*.

101. Le Gouvernement reconnaît que l'autorité de contrôle est une institution inhabituelle qui constitue une anomalie. Toutefois, cet organe présente certains avantages : tout procès en cour martiale est automatiquement contrôlé ; le contrôle est plus rapide (habituellement dans les trente jours) qu'un recours à la cour martiale d'appel, de sorte qu'il est effectué avant la fin d'une courte peine ; il est bon pour la discipline que l'armée soit perçue comme redressant rapidement toute erreur qui aurait pu se produire pendant un procès en cour martiale.

102. En dehors de ces avantages, le Gouvernement souligne, comme l'ont fait Lord Bingham et Lord Rodger dans l'affaire *R. v. Boyd and Others*, que le contrôle en question ne peut que tourner à l'avantage de l'accusé de par le respect de l'échelle des peines qui figure au supplément à l'article 71 § 1 de la loi de 1955. A cet égard, il regrette de n'avoir pas fourni ce supplément à la Cour tandis que celle-ci examinait l'affaire *Morris*. Au cas où l'accusé considérerait malgré tout que l'autorité de contrôle a prononcé une peine plus sévère que celle émanant de la cour martiale, il peut saisir la cour martiale d'appel. Le fait que cette juridiction, qui est un organe indépendant, puisse connaître de toutes les questions qui peuvent se poser à l'issue d'un procès en cour martiale, distingue l'espèce de l'affaire *Brumărescu* précitée.

103. Partant, le Gouvernement conclut que le rôle de l'autorité de contrôle ne diminue ni ne compromet l'indépendance ou l'impartialité des cours martiales.

## C. L'appréciation de la Cour

### 1. Principes et jurisprudence pertinents

104. 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.

A ce dernier égard, la Cour rappelle aussi qu'il y va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables, à commencer, au pénal, par les prévenus. Pour se prononcer sur l'existence d'une raison légitime de redouter dans le chef d'une juridiction un défaut d'indépendance ou d'impartialité, le point de vue de l'accusé entre en ligne de compte mais sans pour autant jouer un rôle décisif. L'élément déterminant consiste à savoir si les appréhensions de l'intéressé peuvent passer pour objectivement justifiées (arrêt *Findlay* précité, p. 281, § 73, et *Incal c. Turquie*, arrêt du 9 juin 1998, *Recueil* 1998-IV, pp. 1572-1573, § 71).

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 (arrêt *Findlay* précité, p. 281, § 73). La Cour relève qu'en l'espèce le requérant n'a pas laissé entendre que l'une quelconque des personnes ayant participé à son procès en cour martiale ait nourri un parti pris subjectif à son encontre.

Les notions d'indépendance et d'impartialité objective étant étroitement liées, la Cour les examinera ensemble dans la mesure où elles concernent la présente affaire (*ibidem*).

105. Dans l'arrêt *Findlay* précité, la Cour a conclu que les appréhensions du requérant quant à l'indépendance et à l'impartialité de la cour martiale, convoquée avant l'entrée en vigueur de la loi de 1996, devant laquelle il avait été traduit, étaient objectivement justifiées. La Cour était principalement préoccupée par les fonctions contradictoires occupées par «l'officier convocaté» dans la procédure: il jouait un rôle clé en matière de poursuites tout en désignant les membres de la cour martiale, qui lui étaient hiérarchiquement subordonnés et étaient placés sous ses ordres. Il avait également le pouvoir de dissoudre la cour martiale avant ou pendant le procès et faisait fonction d'«officier confirmateur» après le procès, c'est-à-dire que le verdict et la peine prononcés par la cour martiale ne devenaient effectifs qu'après avoir été «confirmés» par lui.

106. Ultérieurement, dans l'affaire *Morris* (également précitée), une chambre de la Cour a étudié les préoccupations formulées au sujet de l'indépendance structurelle et de l'impartialité objective d'une cour martiale de l'armée de terre, convoquée après l'entrée en vigueur de la loi de 1996.

La Cour a jugé que les tribunaux militaires pouvaient en principe connaître des accusations pénales dirigées contre les membres de l'armée en respectant l'article 6 § 1 de la Convention, bien que ces

tribunaux ne puissent être jugés conformes que lorsqu'il existe des mesures de protection suffisantes pour garantir leur indépendance et leur impartialité (§ 59 de l'arrêt *Morris*). Elle a aussi constaté que la loi de 1996 avait répondu pour une large part aux préoccupations énoncées dans l'arrêt *Findlay* en supprimant les postes d'«officier convocateur» et d'«officier confirmateur» et en séparant les phases de poursuite, de convocation et de décision de la procédure devant une cour martiale (§§ 61 et 62 de l'arrêt *Morris*). La Cour a dit en outre que le mode de désignation des membres de la cour martiale ne portait pas atteinte à l'indépendance de ce tribunal (§ 66 de l'arrêt *Morris*).

Néanmoins, tout en considérant que le président permanent constituait «une garantie d'indépendance significative» et que la présence du *judge advocate* représentait une «garantie importante» à cet égard, la Cour a jugé que ces mesures de protection, jointes à d'autres (règles relatives aux critères de sélection et serment prêté par les membres), n'étaient pas suffisantes pour exclure le risque que des pressions extérieures ne s'exercent sur les membres ordinaires des cours martiales (§§ 69-72 de l'arrêt *Morris*). De surcroît, la Cour a trouvé que le rôle de l'autorité de contrôle allait à l'encontre du principe voulant que la décision obligatoire rendue par un tribunal ne puisse être modifiée par une autorité non judiciaire, alors même que ce principe avait été considéré dans l'affaire *Findlay* précitée comme l'un des éléments de l'«indépendance» requise par l'article 6 § 1 de la Convention.

## 2. Application de ces principes en l'espèce

107. Les parties conviennent que les cadres réglementaires régissant les procès en cour martiale dans l'armée de terre et dans l'armée de l'air, en cause dans l'affaire *Morris* et la présente espèce, sont, pour tous les aspects pertinents ici, identiques dans ces deux armes. Toutefois, elles estiment que les conclusions rendues par la Cour dans l'arrêt *Morris* (paragraphe 106 ci-dessus) sont incorrectes. Le requérant désapprouve les trois premières conclusions en considérant que les questions sur lesquelles elles portent continuent à poser problème dans le cadre de la loi de 1996, tandis que le Gouvernement préfère les conclusions auxquelles la Chambre des lords est parvenue dans l'affaire *R. v. Boyd and Others* à celles formulées par la Cour dans l'arrêt *Morris* quant à l'indépendance des membres ordinaires et au rôle de l'autorité de contrôle.

Pour étudier l'indépendance et l'impartialité du procès en cour martiale qui a été fait au requérant en l'espèce, la Grande Chambre a tenu compte des arguments soumis par les parties quant à chacune des conclusions de la chambre dans l'affaire *Morris* et recherché s'il existait des motifs valables de s'en écarter (*Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC],

n° 28957/95, § 74, CEDH 2002-VI), en gardant notamment présents à l'esprit les informations et éléments qui n'avaient pas été produits devant la chambre dans l'affaire *Morris* et dont elle dispose désormais.

**a) Les tribunaux militaires et l'article 6 de la Convention**

108. Le premier point à examiner est celui de savoir si un tribunal militaire peut connaître d'accusations pénales dirigées contre des membres de l'armée en respectant les exigences d'indépendance et d'impartialité posées à l'article 6 § 1 de la Convention.

109. La Cour rappelle qu'elle a statué sur l'indépendance et l'impartialité des tribunaux militaires dans les arrêts *Engel et autres* et *Findlay* précités et certains arrêts ultérieurs (dont *Coyne c. Royaume-Uni*, arrêt du 24 septembre 1997, *Recueil* 1997-V, *Hood c. Royaume-Uni* [GC], n° 27267/95, CEDH 1999-I, et *Cable et autres c. Royaume-Uni* [GC], n°s 24436/94 et suiv., 18 février 1999). Elle a à chaque occasion étudié en détail la structure et le fonctionnement de la procédure devant la cour martiale, mais ni les parties ni elle-même n'ont soulevé la question plus fondamentale de savoir si les tribunaux militaires sont aptes à connaître d'accusations pénales dirigées contre des membres de l'armée en respectant l'indépendance et l'impartialité requises par l'article 6 § 1 de la Convention.

110. La Grande Chambre souscrit à la conclusion formulée par la chambre dans l'arrêt *Morris* (§ 59) selon laquelle rien dans les dispositions de l'article 6 n'interdit en principe que des tribunaux militaires jugent des membres des forces armées ayant commis des infractions pénales. La question à trancher dans chaque affaire est donc celle de savoir si les craintes éprouvées par un individu quant à l'indépendance et à l'impartialité d'une cour martiale donnée peuvent passer pour objectivement justifiées, et notamment s'il existait des garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime en la matière (paragraphe 104 ci-dessus).

**b) L'autorité supérieure, l'autorité de poursuite et l'officier administrateur à la cour**

111. La Cour s'est tout d'abord penchée sur l'indépendance et l'impartialité des organes intervenant dans la procédure préalable à l'audience devant la cour martiale proprement dite, à savoir l'autorité supérieure, l'autorité de poursuite et l'officier administrateur.

112. Tandis que l'autorité supérieure décide, en se fondant sur des considérations militaires, s'il y a lieu de transmettre une affaire à l'autorité de poursuite, c'est cette dernière qui détermine s'il faut ou non engager des poursuites devant la cour martiale. La loi de 1996 ne confère pas d'autre rôle à l'autorité supérieure en matière de poursuites en cour martiale et il n'existe aucun élément montrant qu'elle en remplisse un

autre. Étant donné que la décision de poursuivre en cour martiale relève de la seule autorité de poursuite, il n'est pas pertinent, pour juger de l'indépendance de la cour martiale, de savoir si l'autorité supérieure possède une qualification juridique ou s'il existe un rapport de commandement entre cette autorité et le chef de corps. Quant à l'affirmation du requérant selon laquelle l'autorité supérieure correspond à l'ancien «officier convocateur», elle est manifestement erronée.

113. Le chef de l'autorité de poursuite est désigné par la Reine et possède une qualification juridique. Ses collaborateurs ont aussi une qualification juridique et se consacrent entièrement à la tâche de poursuite. La décision de poursuivre est prise en fonction de critères juridiques comparables à ceux appliqués par le parquet et dans le respect du code de déontologie de chaque profession juridique. Bien que le chef de l'autorité de poursuite soit aussi le directeur des services juridiques de l'armée de l'air, il ne doit rendre compte qu'à l'*Attorney General*, et ne fait pas l'objet de rapports militaires sur ses activités de poursuite. En l'absence de liens de commandement ou professionnels – apparents ou allégués – entre l'autorité supérieure et l'autorité de poursuite, le fait que l'autorité supérieure ait un rang plus élevé que l'autorité de poursuite ne suffit pas pour conclure, comme le requérant le suggère, que cette dernière est «susceptible» d'être influencée par la première.

114. Il est vrai que les officiers administrateurs à la cour sont des officiers de la RAF désignés par le Conseil de défense. Toutefois, le requérant ne conteste pas que ces officiers sont indépendants de l'autorité supérieure et de l'autorité de poursuite, ce qui est également la conclusion énoncée dans l'arrêt *Morris* (§§ 61 et 66). De plus, les fonctions de l'officier administrateur sont de nature essentiellement administrative et l'amènent à accomplir des tâches décrites de manière assez détaillée dans la loi de 1955, le règlement de 1997 et le décret royal, afin que l'audience devant la cour martiale se tienne en présence des personnes nécessaires et avec les moyens matériels requis. Pour ce qui est de la sélection des membres de la cour martiale, aspect plus important et sensible, les critères et procédures précis que doit respecter l'officier administrateur (paragraphes 34-35 ci-dessus) ne laissent à celui-ci qu'une faible marge de manœuvre en la matière et conduisent à réfuter l'allégation du requérant selon laquelle le processus de sélection manque de transparence. En outre, ces critères interdisent expressément de siéger en cour martiale à tout officier appartenant à la même base aérienne que l'accusé, à ses chefs de corps ainsi qu'à tout officier ayant participé à l'enquête et aux poursuites ou à la convocation de la cour martiale. De surcroît, tous les officiers choisis pour siéger se voient rappeler ces éléments, ainsi que les autres qui pourraient les rendre inaptes à siéger, dans le document d'information de l'unité administrative des cours martiales de la RAF qu'ils reçoivent (paragraphes 45-62 ci-dessus). Les

membres de la cour martiale sont d'ailleurs incités à informer l'officier administrateur avant l'audience (ou le *judge advocate* si le procès a commencé) de toute préoccupation qu'ils nourriraient quant à leur aptitude à siéger.

115. Pour ces raisons, la Grande Chambre juge que les arguments avancés par le requérant au sujet de ces trois organes ne mettent aucunement en cause les conclusions rendues par la chambre dans l'affaire *Morris* (§§ 61 et 62 de l'arrêt) quant à l'authenticité de la séparation des fonctions de poursuite, de convocation et de décision dans le cadre de la procédure en cour martiale régie par la loi de 1996. La Grande Chambre constate en outre qu'il n'y a aucune raison de douter de l'indépendance, tant à l'égard de la chaîne de commandement et de la hiérarchie que d'autres influences de l'armée, avec laquelle ces organes prennent leur décision.

#### c) Les membres de la cour martiale

116. La Cour a également examiné la position des membres de la cour martiale en fonction de leur mode de désignation, de leur mandat, de l'existence de garanties contre les pressions extérieures et du point de savoir si la cour martiale présente une apparence d'indépendance (paragraphe 104 plus haut).

##### i. Le *judge advocate*

117. Le *judge advocate* est un civil doté de qualifications juridiques qui est désigné par le ministre de la Justice (*Lord Chancellor*) pour faire partie de l'équipe du *Judge Advocate General* (également un civil), puis nommé par ce dernier pour chaque procès en cour martiale. Le requérant ne conteste pas l'indépendance des *judge advocates* dans la RAF, et la Cour estime qu'il n'existe aucun motif de le faire.

De plus, le *judge advocate* joue un rôle central dans la procédure en cour martiale; à l'instar de Lord Rodger dans l'affaire *R. v. Boyd and Others*, la Grande Chambre comparerait volontiers ce rôle à celui d'un juge de la *Crown Court*. Le *judge advocate* est responsable de l'équité et de la légalité du procès, et ses instructions quant à l'administration des preuves et à tous les points de droit sont énoncées en public et contraignantes. Le *judge advocate* ne participe pas au vote sur le verdict et ne se retire donc pas avec les autres membres pour délibérer à ce sujet. Cependant, il résume les éléments de preuve et formule des instructions à l'intention des autres membres de la cour martiale avant les délibérations. Il peut aussi refuser d'approuver un verdict s'il l'estime «contraire au droit», auquel cas il donne en public d'autres instructions au président et aux membres ordinaires avant que ceux-ci ne se retirent une nouvelle fois pour délibérer sur le verdict. En revanche, le *judge advocate* se retire avec

les autres membres pour leur prodiguer des conseils, délibérer et voter au sujet de la peine. De plus, comme Lord Rodger l'a également relevé (paragraphe 72 ci-dessus), rien n'indique que les membres d'une cour martiale (le président permanent et les membres ordinaires) montreraient moins d'empressement que des jurés civils à respecter les décisions et instructions contraignantes qui leur sont données quant au droit.

Dans ces conditions, la Cour juge que la présence au sein d'une cour martiale d'un civil doté de telles qualifications et jouant pareil rôle central dans la procédure constitue non seulement une garantie importante mais aussi l'une des garanties les plus significatives de l'indépendance de la procédure devant la cour martiale.

ii. *Le président permanent*

118. La Grande Chambre considère, comme la chambre dans l'arrêt *Morris* (§§ 68-69), que certains facteurs démontrent l'indépendance du président permanent ainsi que l'importante contribution qu'apporte ce poste à l'indépendance d'un tribunal par ailleurs composé de manière *ad hoc*.

La Cour observe – ce qui est de la plus haute importance – que si le président permanent est un officier en activité, il est d'un grade élevé (lieutenant-colonel) et occupe un poste à plein temps pendant un certain nombre d'années avant son départ à la retraite, donc à un moment où il n'a « pas à espérer de promotion » (selon les termes de Lord Bingham cités au paragraphe 66 ci-dessus). Ces facteurs ont été jugés prouver l'indépendance des membres militaires de la cour martiale dans l'affaire *Engel et autres* précitée (pp. 12-13, § 30, et p. 37, § 89, de cet arrêt).

La Cour n'admet pas que le fait que le président permanent occupe un poste à plein temps compromette l'objectivité de son jugement, ainsi que le requérant l'allègue (paragraphe 88 ci-dessus). Le président permanent étant lié par les décisions et instructions du *judge advocate* quant au droit, son absence de qualification juridique ne porte pas atteinte à son indépendance ni à la garantie d'indépendance qu'offre ce poste. Même s'il se trouve être d'un grade plus élevé que les membres ordinaires, il ne peut leur donner de consignes en l'absence du *judge advocate* et, bien qu'il délibère seul avec les membres ordinaires au sujet du verdict, le *judge advocate* exerce un contrôle ferme sur ces délibérations tant avant qu'après celles-ci (paragraphe 29 et 117 ci-dessus).

Certes, contrairement à ce qui se passe dans l'armée de terre, les présidents permanents sont dans la RAF l'objet de rapports d'évaluation; la Grande Chambre se fait l'écho des préoccupations exprimées à cet égard par Lord Bingham et Lord Rodger. Toutefois, ce qui importe en l'espèce est qu'aucun rapport d'évaluation n'a été rédigé au sujet du président permanent actuellement en poste depuis août 1997 et que, ce qui revêt un caractère crucial, pareil rapport n'aurait pu concerner les

décisions judiciaires prises par lui. Comme Lord Bingham l'a signalé (paragraphe 66 ci-dessus), les présidents permanents ne rendent compte à personne de la manière dont ils s'acquittent de leurs fonctions en cour martiale.

Il est également vrai que leur inamovibilité n'est pas expressément prévue, alors que cela serait préférable puisque l'existence en droit interne d'une clause à cet effet est en général considérée comme le corollaire de l'indépendance des juges. Cependant, cette absence de consécration en droit peut être compensée du moment que l'inamovibilité est reconnue 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, et arrêt *Morris* précité, § 68). A cet égard, la Cour note le constat de Lord Bingham (paragraphe 66 ci-dessus), selon lequel un président permanent n'a pas à « craindre le renvoi » et nul ne conteste qu'aucun président permanent n'a jamais été démis de ses fonctions.

### iii. Les membres ordinaires

119. La Cour estime que, compte tenu des considérations exposées au paragraphe 114 ci-dessus, il n'y a à l'évidence aucune raison de douter de l'indépendance des membres ordinaires en raison de la position et du rôle de l'officier administrateur ou de la manière dont celui-ci les désigne.

120. La Grande Chambre a noté qu'ils sont nommés de manière *ad hoc* (ils retournent à la vie militaire ordinaire dès la fin du procès en cour martiale) et qu'ils sont d'un grade relativement peu élevé (inférieur à celui du président permanent, voire des autres acteurs du procès, y compris l'autorité de poursuite). Même si le caractère *ad hoc* de leur désignation et leur grade ne portent pas en eux-mêmes atteinte à leur indépendance, elle juge, comme dans l'arrêt *Morris* (§ 70), que ces facteurs font clairement apparaître la nécessité de garanties particulièrement convaincantes pour assurer que des pressions extérieures ne s'exercent pas sur ces officiers.

121. Dans son arrêt *Morris*, la chambre a trouvé importante la protection qu'offrent le *judge advocate*, le président permanent ainsi que les règles de sélection des membres des cours martiales et le serment prêté par ceux-ci. La Cour cite dans l'arrêt *Morris* d'autres garanties telles que le droit du prévenu de récuser tout membre siégeant en cour martiale (paragraphe 38 ci-dessus), la confidentialité des délibérations, réaffirmée dans le serment prêté par les membres (paragraphe 38 ci-dessus), et la règle voulant que le membre du grade le moins élevé exprime son avis et vote en premier lors des délibérations sur le verdict et la peine (paragraphe 39, 58 et 60 ci-dessus). De plus, la Grande Chambre estime que la possibilité d'engager des poursuites pour entrave au bon fonctionnement de la justice en vertu de la *common law* ou de l'article 69 de la loi

de 1955 (paragraphe 36 ci-dessus) était implicitement englobée dans l'appréciation à laquelle la chambre s'est livrée dans l'affaire *Morris*.

La Grande Chambre convient que ces mesures constituent des garanties importantes quant à l'indépendance des membres ordinaires.

122. Néanmoins, la chambre a conclu dans l'affaire *Morris* que ces garanties n'étaient pas suffisantes pour exclure le risque que des pressions extérieures ne s'exercent sur les membres ordinaires, et ce en raison de trois facteurs : ces officiers n'avaient pas de formation juridique, aucune loi ni autre règle ne les mettait à l'abri d'une influence extérieure de l'armée et ils restaient soumis à la discipline et à la notation militaires (arrêt *Morris*, §§ 71 et 72).

La Grande Chambre estime que, vu les arguments et éléments dont elle dispose en l'espèce, il se justifie qu'elle s'écarte de cette dernière conclusion de l'arrêt *Morris*.

123. Pour ce qui est de l'absence de qualification juridique des membres ordinaires, la Cour rappelle que le fait que des magistrats non professionnels siègent dans un tribunal n'est pas en soi contraire à l'article 6. En effet, les principes établis dans sa jurisprudence quant à l'indépendance et à l'impartialité valent pour les magistrats non professionnels comme pour les magistrats professionnels (*Langborger c. Suède*, arrêt du 22 juin 1989, série A n° 155, p. 16, § 32, *Fey c. Autriche*, arrêt du 24 février 1993, série A n° 255-A, p. 12, §§ 27, 28 et 30, et *Holm c. Suède*, arrêt du 25 novembre 1993, série A n° 279-A, p. 14, § 30).

La Cour ne considère pas comme particulièrement pertinent le fait que les membres ordinaires de la cour martiale qui a jugé le requérant aient suivi un bref cours de formation juridique. Cependant, elle note les instructions fournies aux membres ordinaires dans le document d'information rédigé par l'unité administrative des cours martiales de la RAF (paragraphe 45-62 ci-dessus et 124 ci-dessous). Elle rappelle aussi le rôle clé tenu par le *judge advocate*, doté de qualifications juridiques et d'une grande expérience, et dont les membres ordinaires suivent scrupuleusement les instructions (paragraphe 117 ci-dessus). Dans ces conditions, la Cour estime que l'indépendance des membres ordinaires n'est pas compromise par leur manque de qualification juridique.

124. En deuxième lieu, les arguments soumis à la Cour en l'espèce font apparaître une autre garantie quant à l'indépendance des membres ordinaires.

Le Gouvernement s'appuie sur le document d'information établi par l'unité administrative des cours martiales de la RAF qui a été envoyé à tous les membres de la cour martiale ayant jugé le requérant. Le Gouvernement qui, il est vrai, n'a pu retrouver le document en vigueur à cette époque, fait simplement valoir que le texte exposé aux paragraphes 45 à 62 ci-dessus est similaire sur tous les points de fond à celui qui a réellement été distribué aux membres de la cour martiale lors du procès du



requérant. Or, en l'absence de contestation précise et solide de cette affirmation, la Cour ne voit aucune raison de douter que le document soumis soit similaire sur tous les aspects pertinents ici à celui effectivement distribué aux membres de la cour martiale qui a jugé le requérant en février 1998. De plus, la Cour considère que ce document renferme de véritables instructions à l'intention des membres des cours martiales, que ceux-ci devaient respecter.

Ce document destiné aux membres ordinaires expose la procédure devant une cour martiale étape par étape et décrit en détail la nature et les limites de leur rôle dans cette procédure ainsi que – c'est important – les fonctions précises du *judge advocate* et du président permanent. La Cour considère donc qu'il fournit des informations essentielles et une orientation précieuse à des officiers désignés *ad hoc* pour siéger en cour martiale, ne disposant d'aucune qualification juridique et ayant une expérience assez limitée de la cour martiale.

De surcroît, ce document instruit parfaitement les membres ordinaires de la nécessité de travailler de manière indépendante par rapport à des influences ou consignes extérieures ou indues et de l'intérêt qu'il y a à ce que l'on voie qu'ils se conduisent ainsi, puisqu'il contient des indications pratiques et précises sur ce qui peut servir ou au contraire desservir cet objectif dans des situations données. La Cour considère que ces instructions visaient non seulement à faire prendre conscience aux membres de l'importance cruciale que revêtait leur indépendance mais aussi à constituer un obstacle appréciable s'opposant à toute pression déplacée.

Dès lors, la Grande Chambre estime que le document d'information, de par sa teneur et sa distribution aux membres ordinaires de la cour martiale, constituait une garantie supplémentaire quant à l'indépendance de ceux-ci, garantie dont la chambre n'avait pas connaissance lorsqu'elle a examiné l'affaire *Morris*.

125. En troisième lieu, la Cour juge particulièrement importante la précision apportée en l'espèce par le Gouvernement, à savoir que les membres ordinaires d'une cour martiale ne peuvent faire l'objet d'un rapport quant à leurs décisions judiciaires. Ainsi que Lord Bingham l'a relevé dans l'affaire *R. v. Boyd and Others*, l'interdiction qui est faite aux membres de divulguer tout avis ou tout vote exprimé pendant le procès en cour martiale constitue un obstacle pratique à la rédaction de pareil rapport. La Cour note également que les éléments de preuve présentés par les appelants et le ministère de la Défense à la Chambre des lords n'ont fourni aucun exemple de pareil rapport concernant des décisions prises par les membres d'une cour martiale (paragraphe 75 ci-dessus).

126. Par ces motifs, la Cour dit qu'il existait des garanties suffisantes quant à l'indépendance des membres ordinaires de la cour martiale qui a jugé le requérant.

**d) L'autorité de contrôle**

127. Le Gouvernement conteste le constat de l'affaire *Morris* relatif au rôle de l'autorité de contrôle en soulignant que l'examen effectué ne peut qu'être profitable à l'accusé, qui conserve l'entière possibilité de saisir ensuite la cour martiale d'appel. Le requérant s'appuie pour sa part sur les arrêts précités *Brumărescu*, *Findlay* (p. 282, §§ 77 et 79) et *Morris* (§§ 73-77). Il fait valoir qu'en tout état de cause ces contrôles ne sont pas toujours favorables à l'accusé.

128. Pour la Cour, il ressort clairement des arrêts *Van de Hurk c. Pays-Bas* (19 avril 1994, série A n° 288, respectivement p. 16, § 45, et p. 17, § 50) et *Findlay* (respectivement p. 282, § 77, et p. 276, § 52) que la Cour doit se prononcer sur le pouvoir d'une autorité non judiciaire de modifier les conclusions d'une cour martiale, inscrit dans la loi de 1996, que ce pouvoir ait été utilisé ou non en réalité ou qu'il n'ait pu l'être qu'à l'avantage du requérant.

129. Dans le système postérieur à l'adoption de la loi de 1996 qui est à l'étude en l'espèce, la cour martiale rend un verdict et fixe la peine. Qu'un individu saisisse ou non l'autorité de contrôle, celle-ci revoit le verdict comme la peine. Par la suite, l'individu peut faire appel du verdict et de la peine auprès de la cour martiale d'appel. Par conséquent, l'autorité de contrôle est un maillon dans le processus à l'issue duquel le verdict et la peine deviennent définitifs. La Cour pense donc, comme le Gouvernement, que ce système se distingue de la situation décrite dans l'affaire *Brumărescu*, où le requérant avait été privé du bénéfice de la sécurité juridique que représente une décision de justice définitive, irrévocable et revêtue de l'autorité de la chose jugée.

130. La Cour considère en outre, comme Lord Bingham et Lord Rodger, de la Chambre des lords, que l'autorité de contrôle constitue une anomalie du système actuel des cours martiales, et exprime sa préoccupation devant une procédure pénale qui habilite une autorité non judiciaire à modifier des conclusions rendues par un organe judiciaire.

131. Néanmoins, la Cour constate que, dans la procédure devant la cour martiale, la décision définitive émane toujours d'un organe judiciaire, à savoir la cour martiale d'appel. Tel est le cas même lorsque l'autorité de contrôle annule un verdict et donne l'autorisation de rejurer l'affaire; même si l'autorité de poursuite décide d'entamer de nouvelles poursuites et si la cour martiale refuse de suspendre cette nouvelle action pour abus de procédure, le contrôle du nouveau verdict et de la nouvelle peine éventuellement prononcés est assuré en dernier ressort par la cour martiale d'appel.

Dans l'affaire *Van de Hurk* précitée, la Cour n'a pas exclu que le pouvoir de la Couronne de priver partiellement ou totalement la décision d'un

tribunal de son effet puisse être redressé par le contrôle ultérieur d'un organe judiciaire présentant toutes les garanties exigées par l'article 6, bien que pareil contrôle n'existât pas en cette affaire. Dans l'affaire *Findlay*, le recours à la cour martiale d'appel n'a pas été jugé suffisant parce que l'intéressé avait plaidé coupable en première instance et qu'il ne lui avait pas été possible de saisir la cour martiale d'appel d'un recours dirigé seulement contre la peine.

132. La Cour considère que l'affirmation du requérant selon laquelle la cour martiale prononcerait des peines plus sévères pour anticiper la réduction que va effectuer l'autorité de contrôle est dénuée de fondement. De plus, la thèse de l'intéressé d'après laquelle la cour martiale d'appel serait indûment influencée par la décision de l'autorité de contrôle ne lui paraît pas convaincante; le fait essentiel est que la cour martiale d'appel n'est en rien tenue par les avis ou les décisions de l'autorité de contrôle. D'ailleurs, l'un des arrêts internes invoqués par le requérant (*R. v. Ball et R. v. Rugg* précité) a abouti à l'annulation par la cour martiale d'appel de la peine prononcée par l'autorité de contrôle.

133. Dès lors, la Cour juge que, dans les circonstances de l'espèce, le rôle de l'autorité de contrôle n'a pas enfreint le principe énoncé au paragraphe 106 ci-dessus et, en particulier, n'a pas compromis l'indépendance ou l'impartialité de la cour martiale qui a jugé le requérant.

**e) Conclusion**

134. Eu égard à l'ensemble des circonstances exposées ci-dessus, la Cour conclut que les doutes du requérant quant à l'indépendance et à l'impartialité de la cour martiale qui l'a jugé, réunie conformément à la loi de 1996, n'étaient pas objectivement justifiés, et que son procès devant la cour martiale ne saurait donc être tenu pour inéquitable.

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

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

1. *Déclare* la requête recevable;
2. *Dit* qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des Droits de l'Homme, à Strasbourg, le 16 décembre 2003.

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 de l'opinion concordante de M. Costa.

L.W.  
P.J.M.

## OPINION CONCORDANTE DE M. LE JUGE COSTA

Non sans hésitations, je me suis rallié à l'opinion majoritaire, et donc finalement unanime, de mes collègues.

Je souhaite m'en expliquer brièvement.

Dans l'affaire *Morris c. Royaume-Uni* (n° 38784/97, CEDH 2002-I), qui concernait également la procédure suivie devant une cour martiale de l'armée de terre et non, comme ici, de l'armée de l'air, une chambre de notre Cour, dans laquelle je siégeais, a conclu à l'unanimité à une violation de l'article 6 § 1 de la Convention, en ce qui concerne les griefs du requérant relatifs à la structure générale du système. Dans la présente affaire au contraire, la Cour a considéré qu'il n'y avait pas eu violation du même article.

Le raisonnement de l'arrêt *Morris* se fondait sur les éléments suivants :

a) il n'existait pas de garanties suffisantes contre le risque de pressions extérieures sur les deux membres composant, avec le président permanent, la cour martiale. Ces deux officiers (du grade de capitaine) n'avaient reçu aucune formation juridique, ils restaient soumis à la discipline et à la notation militaires, et aucune règle ne les mettait à l'abri d'une influence de l'armée ;

b) l'« autorité de contrôle », organe non judiciaire, revoyait automatiquement le verdict et la peine, pouvait les casser et, surtout, pouvait rendre tout verdict de culpabilité que la cour martiale aurait pu prononcer, et substituer à la peine infligée toute autre peine, à condition qu'elle ne fût pas plus lourde, cette appréciation sur la lourdeur relative étant cependant laissée à la discrétion de l'autorité de contrôle elle-même.

Pour aboutir à la conclusion inverse dans l'affaire *Cooper*, la Grande Chambre a pris en considération d'autres éléments :

a) en ce qui concerne les deux membres « ordinaires » de cette cour (ici un capitaine et un commandant), elle a estimé que leur manque de formation juridique était compensé par les instructions données par le *judge advocate* (l'une des garanties les plus significatives), ainsi que par le document d'information établi par l'unité administrative des cours martiales de la RAF (argument soulevé par le Gouvernement dans la présente espèce), qu'elle a considéré comme une garantie supplémentaire, qui n'était pas connue lorsque l'arrêt *Morris* fut rendu. La Grande Chambre a également tenu compte d'une autre précision apportée à présent par le Gouvernement, à savoir que les membres d'une cour martiale ne peuvent faire l'objet d'un rapport quant à leurs décisions judiciaires ;

b) en ce qui concerne le rôle de l'autorité de contrôle, tout en considérant que celle-ci constitue une anomalie du système actuel, et en exprimant sa préoccupation devant la possibilité, pour un organe non

judiciaire, de modifier les conclusions rendues par une juridiction, la Grande Chambre a insisté sur le rôle de la cour martiale d'appel, qui contrôle en dernier ressort le nouveau verdict et la nouvelle peine éventuellement prononcés, et qui, elle, est un organe judiciaire présentant toutes les garanties exigées par l'article 6.

Ce résumé montre qu'il y a, assurément, des différences entre les affaires *Morris* et *Cooper*. Les unes tiennent aux circonstances particulières de chaque espèce; les autres viennent d'une argumentation plus poussée et plus précise de l'Etat défendeur dans la seconde affaire. Ces différences sont-elles suffisantes pour aboutir, à moins de deux ans d'intervalle, à des conclusions opposées?

Finalement, je pense que oui. Je persiste à penser que l'intervention de l'«autorité de contrôle» est anormale, fâcheuse, archaïque, et qu'il serait souhaitable d'y mettre fin. Mais j'observe, et c'est pour moi un aspect important, qu'en l'espèce elle n'a nullement modifié le verdict et la peine prononcés par la cour martiale qui a jugé M. Cooper (voir le paragraphe 13 de l'arrêt): statuant *in concreto*, la Grande Chambre aurait difficilement pu accueillir un grief qui n'a eu aucune incidence sur le sort du requérant. Quant à l'autre, celui qui concerne les «membres ordinaires» de la cour martiale, sans partager complètement la conviction de mes collègues sur ce point (paragraphe 124), j'admets que le document d'information qui est adressé à ces officiers est en effet de nature à renforcer quelque peu leur indépendance.

Finalement, tout ce système est bien complexe, comme le montre *a fortiori* le rapprochement avec l'arrêt *Grievés*, relatif aux cours martiales de la marine. Mais le rôle essentiel de notre Cour, en matière de procès équitable, n'est pas d'inciter les Etats à la simplification; il est de veiller à ce qu'ils respectent les garanties de l'article 6 § 1. En l'état du dossier soumis à la Cour dans l'affaire *Morris*, j'ai considéré que tel n'était pas le cas; en l'état du dossier soumis à la Cour dans l'affaire *Cooper*, je peux conclure que c'était le cas.

GRIEVES v. THE UNITED KINGDOM  
*(Application no. 57067/00)*

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 16 DECEMBER 2003<sup>1</sup>

---

1. Extracts.





SUMMARY<sup>1</sup>**Independence and impartiality of court-martial****Article 6 § 1**

*Independent tribunal – Impartial tribunal – Criminal proceedings – Independence and impartiality of court-martial – Role of ad hoc president of court-martial – Role of naval judge advocate – Security of tenure – Safeguards against outside pressure being brought to bear on members of court-martial – Possibility of appraisal reports on judicial performance of naval judge advocate*

\*  
\*   \*  
\*

The applicant, a member of the Royal Navy, was convicted by a naval court-martial of unlawful and malicious wounding. The court was composed of a president, four other naval officers and a judge advocate. The judge advocate, a naval barrister, was responsible for ensuring the proper conduct of the proceedings and for ruling on questions of law and procedure, but did not participate in the deliberations on verdict or have a vote. The Navy Board decided not to vary the verdict or sentence. The applicant's appeal was dismissed by the Courts-Martial Appeal Court.

*Held*

Article 6 § 1: In *Cooper*, the Court had concluded that the applicant's misgivings about the independence and impartiality of an air-force court-martial were not objectively justified. However, naval courts-martial differ in certain important respects. Firstly, the naval prosecuting authority can appoint a prosecutor from a list of uniformed naval barristers outside his own staff. In the present case, however, the prosecutor had come from the staff of the prosecuting authority, as in *Cooper*. Secondly, the naval court administration officer is a civilian and not a serving officer. This plainly contributed to the independence and impartiality of the court-martial process, and in any event his duties and functions were sufficiently similar to those of his equivalent in the air-force system to allow the conclusion that he operated independently. Thirdly, there is a single type of naval court-martial, whereas the air force can convene district and general courts-martial, but this fact did not have any bearing on the independence and impartiality of such tribunals. Fourthly, the naval system does not have permanent presidents of courts-martial, the president being appointed for each court-martial as it is convened. This absence of a full-time permanent president, who has no hope of promotion and no fear of removal and is not subject to reports on his judicial decision-making, deprived naval courts-martial of an important

---

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

contribution to the independence of an otherwise *ad hoc* tribunal. Fifthly, and most importantly, the judge advocate in a naval court-martial is a serving naval officer who, when not sitting in a court-martial, carries out regular naval duties, in contrast to an air-force judge advocate, who is a civilian working full-time on the staff of the Judge Advocate General, also a civilian. In particular, at the relevant time there were certain practices with regard to reporting on the judicial performance of naval judge advocates, which meant that their position could not be considered to constitute a strong guarantee of independence. In that connection, the Government's explanations referring to the relatively small number of naval courts-martial and the importance of a naval officer's knowledge of the unique environment of the navy were unconvincing. The lack of a civilian in the pivotal role of judge advocate deprived naval courts-martial of one of the most significant guarantees of independence. Sixthly, the briefing notes sent to members of naval courts-martial were substantially less detailed and clear than those for air-force courts-martial, and they were consequently less effective in safeguarding the independence of the ordinary members of the court from inappropriate outside influence. In conclusion, the distinctions between the air-force and navy systems were such that the applicant's misgivings about the independence and impartiality of his court-martial could be considered to be objectively justified. The proceedings were consequently unfair.

*Conclusion:* violation (unanimously).

Article 41: The applicant made no claim in respect of pecuniary or non-pecuniary damage. The Court 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

*Smith and Ford v. the United Kingdom*, nos. 37475/97 and 39036/97, 29 September 1999

*Moore and Gordon v. the United Kingdom*, nos. 36529/97 and 37393/97, 29 September 1999

*Smith and Grady v. the United Kingdom* (just satisfaction), nos. 33985/96 and 33986/96, ECHR 2000-IX

*Ezeh and Connors v. the United Kingdom* [GC], nos. 39665/98 and 40086/98, ECHR 2003-X

*Cooper v. the United Kingdom* [GC], no. 48843/99, ECHR 2003-XII

**In the case of Grievés v. the United Kingdom,**

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,  
Sir Nicolas BRATZA,  
Mrs V. STRÁŽNICKÁ,  
Mr C. BİRSAN,  
Mr K. JUNGWIERT,  
Mr M. FISCHBACH,  
Mr J. CASADEVALL,  
Mr J. HEDIGAN,  
Mrs M. TSATSA-NIKOLOVSKA,  
Mr R. MARUSTE,  
Mr A. KOVLER,  
Mr S. PAVLOVSKI,  
Mr L. GARLICKI,  
Mr J. BORREGO BORREGO,

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

Having deliberated in private on 1 October and on 3 December 2003,

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

**PROCEDURE<sup>1</sup>**

...

**THE FACTS****I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE**

10. The applicant was born in 1968 and lives in Devon. At the relevant time he was a serving member of the Royal Navy.

11. On 18 June 1998 he was convicted by a naval court-martial, pursuant to section 42 of the Naval Discipline Act 1957, of unlawfully and maliciously wounding with intent to do grievous bodily harm contrary to the Offences Against the Person Act 1861. He was sentenced to, *inter alia*,

---

1. Note by the Registry. See *Cooper v. the United Kingdom*, judgment of the same date, also reported in this volume.

three years' imprisonment and to be dismissed from the service and reduced in rank. He was also ordered to pay 700 pounds sterling compensation.

12. The court-martial comprised a president (a captain of the Royal Navy), four naval officers (a commander, two lieutenant commanders and a lieutenant) and a judge advocate (Commander Flanagan). The judge advocate was a naval barrister who was working as the naval legal adviser to FLEET (the command responsible for the organisation and deployment of all ships at sea). His rank was lower than that of the president of the court-martial. The prosecution was conducted by a lieutenant commander of the staff of the prosecuting authority. The applicant chose to be represented by a naval barrister. The defending and prosecuting officers were junior in rank to the judge advocate and the defending officer was senior in rank to the prosecuting officer.

13. At the beginning of the trial the judge advocate directed the members of the court-martial as follows:

"As Judge Advocate it's my role to ensure that the trial is conducted in accordance with the law and I am here to advise and guide you. I will have no role in the finding on the facts. You must accept what I say on matters of law and procedures [as] being correct. If you have any questions of me during the trial ... they must be asked of me in open court in the presence of the accused, his friend and the prosecutor and any such questions should pass through you ... as President. That means ... that now that this trial has commenced, you and your Court can have no direct communication with me except in open court and therefore if I seem to avoid you outside the environs of the Court ... that's the reasoning behind that and please don't think I am being rude ...

Now you and your colleagues may discuss the case when you are together and in private if you so wish, but my strong advice to you at this stage is to resist the temptation until you've heard all the evidence and indeed my own summing-up. You must be particularly rigorous in not discussing the case at all during adjournments in the trial when you could be overheard by others such as during lunch in the Ward room where a room has been set aside for you and particularly overnight since you must not be influenced by anything said to you or which you observe which is not evidence in the trial. I will warn you of this ... each time we adjourn and particularly when we adjourn at the end of the days' proceedings."

14. On 29 September 1998 the Navy Board decided not to vary the court-martial's verdict and sentence. In his advice to the Navy Board, the Judge Advocate of the Fleet commented that the trial had been "well conducted by all concerned", that the main directions of law in the judge advocate's summing-up were "impeccable" and that any errors were, in any event, favourable to the applicant.

15. On 30 June 1999 a single judge of the Courts-Martial Appeal Court dismissed his appeal, as did the full court on 20 January 2000.

## II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

### A. General

16. The Armed Forces Act 1996 (“the 1996 Act”) came into force on 1 April 1997 and amended, *inter alia*, the Naval Discipline Act 1957 (references below to “the 1957 Act” are to that Act as amended). Naval courts-martial are regulated, *inter alia*, by the 1957 Act, the Courts-Martial (Royal Navy) Rules 1997 as amended (“the 1997 Rules”) and the Queen’s Regulations for the Royal Navy.

17. Section 42 of the 1957 Act provides that any person subject to naval law who commits a civilian offence, whether in the United Kingdom or elsewhere, shall be guilty of an offence against that section.

18. Section 43(1) of the 1957 Act lists the punishments available to a court-martial following conviction and establishes, as a matter of law, the relative positions of each punishment in the hierarchy of punishments available (the “coda” to section 43(1) of the 1957 Act).

### B. The court-martial – participants and procedure

#### 1. *The commanding officer (CO)*

19. An allegation that a person subject to naval law has committed an offence must be reported to the CO of the accused. The CO must investigate the charge, after which he may dismiss the charge, refer it to the higher authority or try the accused summarily.

#### 2. *The higher authority*

20. The higher authority is a senior naval officer. Although he is not legally qualified, he is legally advised by a barrister. He must decide, in respect of cases referred to him by a CO, whether to refer the matter back to that CO to be dealt with summarily (unless the accused has already elected trial by court-martial); to refer the matter to the prosecuting authority for a decision as to whether the accused should be prosecuted; or to drop the charges. The higher authority’s decision is essentially a command decision, the higher authority being required to ask himself whether there are service reasons for prosecuting or not. Once the higher authority has taken this decision, he has no further involvement in the case.

#### 3. *The prosecuting authority*

21. The role of prosecutor is performed by the prosecuting authority of the Royal Navy. The prosecuting authority is appointed by the Queen

(section 52H of the 1957 Act) and is accountable to the Attorney General for the performance of his prosecuting functions.

22. In almost all cases (88% of cases prosecuted in 2002 and up to mid-2003), the prosecuting authority appoints barristers to prosecute cases from his own staff, which barristers work exclusively for the prosecuting authority. On occasion, however, the prosecuting authority appoints prosecutors from a list of uniformed naval barristers who are eligible to act as prosecutors but who do not, in their general duties, work directly for the prosecuting authority (unlike in the army and air force, where prosecutions are carried out exclusively by prosecutors on the staff of the relevant prosecuting authority). Such an officer may be working in a legal or non-legal post, but will always be outside the chain of command of the accused and will always be answerable for his duties as a prosecutor to the prosecuting authority.

23. Naval barristers appointed to act as prosecutors are members of the Bar of England and Wales and are consequently subject to the professional arrangements and ethical duties of the Bar Code of Conduct (including a duty to act with independence and in the interests of justice). The prosecuting authority and all acting prosecutors also apply the Code for Service Prosecutors, which has been endorsed by the Attorney General and which sets out how their duties should be carried out.

24. Following the higher authority's decision to refer a case to it, the prosecuting authority has an absolute discretion, applying similar criteria as those applied in civilian cases by the Crown Prosecution Service, to decide whether or not to prosecute and, if so, to determine precisely what charges should be brought. The prosecuting authority conducts the prosecution (Part II of Schedule I to the 1996 Act), which is brought on behalf of the Crown.

#### *4. The naval court administration officer (NCAO)*

25. The NCAO is a civilian and a civil servant, working in "one of the secretariats dealing with naval service discipline policy issues". The NCAO 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. The NCAO is appointed by the Defence Council. Before commencement of the court-martial hearing, the power to dissolve it is vested in the responsible NCAO.

26. Naval courts-martial consist of a president, four to eight serving naval officers of at least three years' military experience and a judge advocate (since the entry into force of the Armed Forces Act 2001 – "the 2001 Act" – warrant officers may also sit as members). The distinction

made between district and general courts-martial in the army and air force does not exist in the Royal Navy. Contrary also to the position in the army and air force, the Royal Navy does not appoint, and has never appointed, permanent presidents of courts-martial.

##### *5. Naval judge advocates*

27. In the Royal Navy, the role undertaken by the Judge Advocate General for the army and air force is divided between two appointments: the Judge Advocate of the Fleet and the Chief Naval Judge Advocate.

28. The Judge Advocate of the Fleet is an experienced civilian lawyer. The current Judge Advocate of the Fleet has been a circuit judge since 1992. He was appointed to the post in 1995 by the Queen on the recommendation of the Lord Chancellor, to whom the Judge Advocate of the Fleet is responsible. Section 73 of the 1957 Act provides:

“Nothing in this part of the Act shall prejudice the exercise by the Judge Advocate of the Fleet of his functions of considering and reporting on the proceedings of courts-martial and disciplinary courts, or any other of his functions in relation to such courts.”

The prime responsibility of the Judge Advocate of the Fleet is to review all naval courts-martial, save for those in which the accused pleads guilty, so as to be able to advise the reviewing authority whether or not they have been properly conducted according to law. If, in the opinion of the Judge Advocate of the Fleet, they have not been so conducted, he has the power to recommend to the reviewing authority that the conviction be quashed or that the finding of guilt or the sentence be altered.

29. The Chief Naval Judge Advocate, on the other hand, is a service appointment. He is appointed by the First Sea Lord (Chief of Naval Staff) on the advice of the Naval Secretary and must be a barrister of suitable experience and rank. Save for his judicial role, he is responsible to the Second Sea Lord (Chief of Naval Personnel), who is the senior admiral responsible for personnel policy. His judicial role is described as part of his “ancillary duties” for which he is solely responsible to the Judge Advocate of the Fleet.

The Chief Naval Judge Advocate’s primary purpose is to be the principal adviser within the Royal Navy on all matters of law, including naval, criminal, employment, maritime and international law. His secondary purpose is to “ensure that sufficient naval officers are trained as barristers and thereafter appropriately appointed to legal billets to provide the legal services required by commands, including headquarters”. One of his “principal tasks” is to assist the Judge Advocate of the Fleet and consult with him on matters of law and legal policy, to select officers for legal training and to supervise their duties. Sitting as judge advocate at complex courts-martial and appointing barristers to sit as judge advocates are among his “ancillary tasks” (section 53B(1) of the 1957 Act).

30. Any judge advocate sitting in a court-martial must have been qualified for at least five years (section 53B(2) of the 1957 Act). In addition, as a matter of policy, reflected in the Chief Naval Judge Advocate's terms of reference, the Royal Navy has for many years appointed only serving officers as judge advocates. The reasons for this policy have been described by the current Chief Naval Judge Advocate (Commodore Jeffrey Blackett) as follows:

“... because they understand the particular and unique way of life of the Royal Navy, gained through their own operational experience. They can advise and direct the court in terms which reflect their detailed knowledge of the Service, and which therefore enhances the credibility of their role in the eyes of all the parties involved.”

31. The manner of appointment of a naval judge advocate is also different to the process in the army and the RAF. The appointment process is known as “ticketing”, a process which involves both the Chief Naval Judge Advocate and the Judge Advocate of the Fleet. The Chief Naval Judge Advocate regularly assesses the experience and qualities of those who are appropriately qualified, using the same criteria for judicial qualities as are applied by the Lord Chancellor for civilian judicial appointments. He then consults with the Judge Advocate of the Fleet as to suitability for appointment. The Judge Advocate of the Fleet will have had an opportunity to assess the qualities of such candidates and their suitability for ticketing, since his review of the court-martial proceedings may also involve an assessment of the qualities of the prosecuting and defending barristers. With the Judge Advocate of the Fleet's agreement, the Chief Naval Judge Advocate then writes to inform a successful candidate of his or her appointment or “ticketing”. Such an appointment is for an undefined period of time. A judge advocate, once ticketed, remains on the list until he or she leaves the service or voluntarily resigns from the list. No judge advocate has ever been removed from office, although some have voluntarily withdrawn because they have decided to concentrate on operational appointments within the Royal Navy. If the question ever arose, grounds for removal would be precisely the same as those for a civilian judge, and the decision would be taken by the Judge Advocate of the Fleet.

Once “ticketed”, these officers gain experience by assisting an experienced judge advocate at a court-martial. They then proceed to sit as judge advocates in cases where the accused pleads guilty, so that sentencing is the only matter in issue. It is then for the Chief Naval Judge Advocate to assess when the judge advocate in question is ready to officiate in contested cases. At that point, judge advocates are appointed to individual cases by the Chief Naval Judge Advocate – by his letter of appointment – but in practice there is no selection, as the judge advocate is appointed by rota on a “cab rank” basis, the only criterion being that the



judge advocate is not excluded by section 53C(4) of the 1957 Act or Rule 15 of the 1997 Rules. Accordingly, a list is kept by the NCAO of “ticketed” judge advocates, and the one whose name is at the top of the list is appointed to the next court-martial. That judge advocate’s name then goes to the bottom of the list, and such persons will not be appointed until their names rise to the top of the list again. Such ticketed barristers may be serving in either legal or non-legal appointments: those serving in legal appointments sit as judge advocates for about twenty to thirty days on average each year, and those serving in non-legal appointments will normally sit for less.

There are currently four practising judge advocates, one of whom is serving in a Ministry of Defence appointment and is not therefore reported on by his Royal Navy superiors.

32. Judge advocates are responsible solely to the Judge Advocate of the Fleet for the performance of their professional duties at courts-martial while in office. As noted above, the Judge Advocate of the Fleet reviews all contested courts-martial which result in a conviction. In advising the reviewing authority, the Judge Advocate of the Fleet will comment on the judge advocate’s handling of the proceedings and his summing-up. He may also pass “professional comments about judicial performance to the [Chief Naval Judge Advocate]”. At the time of the applicant’s court-martial, there was a haphazard practice whereby the Chief Naval Judge Advocate might provide a judge advocate’s reporting officer, at the latter officer’s request, with a synopsis of the Judge Advocate of the Fleet’s comments on the judge advocate’s performance. The judge advocate who officiated at the applicant’s court-martial was not so reported on, and that practice has since ceased. The Chief Naval Judge Advocate does not sit on any promotion board of any officer who has served as a judge advocate and has no control over or effect upon their promotion. Judge advocates receive no additional or separate pay for duties in such office, and their pay and promotion cannot be affected by their performance or status as a judge advocate.

Paragraph 3630 of the Queen’s Regulations for the Royal Navy, which came into force after the present court-martial, provides as follows:

“3. It follows that judge advocates must be free from any supervision or restraint in order to carry out independently the duties required of them by law. In the conduct of their professional duties at courts-martial judge advocates are accountable, only in so far as the standard and performance of their duties is concerned, to the Judge Advocate of the Fleet.

4. The Judge Advocate of the Fleet is solely responsible for reporting on the professional performance of judge advocates in the conduct of their duties in court-martial trials. No other personal report, assessment or other document is to be prepared or used to determine whether an officer conducting judge advocate duties is qualified to be promoted, or is qualified or suited for particular appointments or

training. Where judge advocates are appointed to general appointments, or whilst carrying out their general duties, nothing in this article shall prevent the appropriate reports being prepared on them concerning their conduct of those duties, for promotion, appointing or training purposes.”

#### 6. *The president and ordinary members of courts-martial*

33. The appointment of the members of courts-martial proceeds by way of a random selection: the NCAO requests ships and establishments to designate officers to serve as court-martial members. There was also a list of volunteers who had put their names forward as being available and prepared to sit as court-martial members. (Since the entry into force of the 2001 Act, the appointment of members has been by way of a random selection from a computer-generated database of eligible personnel.)

Section 53C(4)(b) of the 1957 Act excludes from selection for courts-martial the court administration officers, the COs of the accused, members of the higher authority, investigating officers and all other officers involved in the inquiry into the charges concerned. Rule 15 of the 1997 Rules also excludes an officer serving under the command of the higher authority referring the case, the prosecuting authority or the court administration officers. The members of the court-martial are not legally qualified, although most will have attended a previous court-martial as an observer. They will also have attended a Divisional Officer’s Course, where they will have received instruction on summary trials, and many will have attended the Junior Staff Course, which includes a lecture on naval discipline.

34. The members of a court-martial remain subject to naval discipline in the general sense since they remain naval officers, but they are not reported on in relation to the carrying out of their duties as members of the court-martial and, in particular, in relation to their judicial decision-making. Attempting to influence, or influencing, a member of a court-martial amounts to the common-law offence of perverting the course of justice and/or the offence of conduct to the prejudice of good order and naval discipline (section 39 of the 1957 Act).

35. The president is responsible for conducting the trial in a manner befitting a court of justice and in accordance with the traditions of the Royal Navy (Rule 28(1) of the 1997 Rules). The post of permanent president of courts-martial, which existed in the air force and army (see *Cooper v. the United Kingdom*, also reported in this volume, §§ 30-32) was never created in the Royal Navy.

#### 7. *The court-martial hearing*

36. When the members have been designated and the court-martial has been convened, the members are sent the NCAO briefing notes for

court-martial members (see paragraphs 47-62 below) along with a list of prosecution witnesses. The members are required to examine the list and to inform the NCAO if any of the witnesses are known to them. They are also advised that, should they subsequently discover that they do know someone, they should inform the judge advocate.

37. At the start of the court-martial hearing, the names of the members of the court-martial (the judge advocate, the president and the ordinary members) are read out and an accused can object to any sitting member.

38. The president and each ordinary member of a court-martial take the following oath:

“I swear by almighty God that I will duly administer justice according to the law and without partiality, favour or affection; and I do further swear that I will not on any account, at any time whatsoever, disclose the vote or opinion of any member of this court-martial, unless thereunto required in due course of law.”

The judge advocate takes the following oath:

“I swear by almighty God that I will to the best of my ability carry out the duties of judge advocate according to law and without partiality, favour or affection; and I do further swear that I will not on any account at any time whatsoever disclose the vote or opinion of the President or [of] any member of this court-martial unless thereunto required in due course of law.”

39. Once the court-martial hearing has commenced, the power to dissolve it is vested in the judge advocate. During the trial, the judge advocate sits apart from the court-martial members and has no contact with them (either during or outside the hours of sitting) other than appears on the record of the court-martial. A judge advocate’s rulings on points of law are binding on the court-martial members and he or she delivers a summing-up in open court before the court-martial retires to consider its verdict.

40. Deliberations of the court-martial members are confidential, members being forbidden to reveal any opinion or vote. The judge advocate does not deliberate in private with the court-martial members on verdict and has no vote on this. The judge advocate will, however, sit in private with the court-martial members to deliberate on sentence and to give any advice on sentence required, and he has a vote. Decisions on verdict and sentence are reached by majority vote (section 62 of the 1957 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.

### 8. *The reviewing authority*

41. All guilty verdicts reached, and sentences imposed, by a court-martial must be reviewed by the reviewing authority within prescribed time-limits (section 70 of the 1957 Act). The reviewing authority is the Defence Council, which has delegated its functions to the Navy Board (also known as the Admiralty Board), which, in turn, has delegated that task to the Naval Secretary.

42. Contested cases resulting in a conviction are (as noted above) scrutinised by the Judge Advocate of the Fleet, who provides written advice to the reviewing authority as to the safety of the conviction and the conduct of the trial. For guilty pleas resulting in conviction, legal advice is provided to the reviewing authority by a senior naval barrister who is himself an experienced judge advocate but who does not continue to practice as a judge advocate for the duration of his tenure as adviser to the reviewing authority, for reasons concerning his independence from the “naval judiciary”. The accused may also petition the reviewing authority within twenty-eight days following sentencing and the reviewing authority’s procedure does not begin until after receipt of that petition or after the twenty-eight-day time-limit for its receipt. Post-trial advice to the reviewing authority (either from the Judge Advocate of the Fleet or the experienced naval barrister) is disclosed to the accused. Account will be taken of the petition, where one is submitted, in the advice given to the reviewing authority.

43. The reviewing authority gives a reasoned decision (Rule 75 of the 1997 Rules) and its verdict and sentence are treated for all purposes as if they were reached or imposed by the court-martial.

The reviewing authority may substitute a finding of guilt which could have been made by the court-martial and if the court-martial must have been satisfied of the facts which would justify making that finding (section 71(2) of the 1957 Act). It may also “pass any such sentence (not being, in the opinion of the authority, more severe than the sentence originally passed) open to a court-martial on making such a finding as appears proper” (section 71(2) and (4) of the 1957 Act).

According to section 71A of the 1957 Act, the reviewing authority can also quash any guilty verdict and associated sentence and make an order authorising a retrial under the same conditions as the Courts-Martial Appeal Court ... It is then for the prosecuting authority to decide whether to seek a retrial. While the person concerned is not specifically heard by the reviewing authority on the question of retrial, the decision of the prosecuting authority to seek a retrial can be challenged as an abuse of process. If convicted following a retrial, the individual also retains his access on verdict and sentence to the Courts-Martial Appeal Court.

9. *The Courts-Martial Appeal Court*<sup>1</sup>

...

**C. The NCAO briefing notes entitled “Notes for the Guidance of Presidents and Members of Naval Courts-Martial”**

47. At the relevant time, the briefing notes described below were sent by the NCAO to the members (including the president) selected for a court-martial.

48. The introduction to the briefing notes provided as follows (the “Order of Procedure booklet” referred to in this introduction was not submitted to the Court by the Government):

“1. These notes provide a guide to the roles and duties of Presidents and Members of the Court at naval courts-martial trials. They are not mandatory and officers must continue to exercise their judgment and discretion during the course of the trial. The purpose of these notes is to explain procedures and formalities, so that officers taking part for the first time can better understand their role and concentrate on the issues in the trial.

2. Officers selected to officiate will also find it useful to acquaint themselves with the Court-Martial Order of Procedure booklet (a copy of which is enclosed with these notes) although it is the Judge Advocate’s responsibility to ensure that the procedures are followed. He will lead the President and the Members on matters of procedure throughout the trial, and will prompt them as required in the observance of the traditional formalities.”

49. Paragraph 1 of the briefing notes provided:

“The President is ‘responsible for conducting the trial in a manner befitting a court of justice and in accordance with the traditions of the Royal Navy’ (Rule 28(1) [of the 1997 Rules]). Whilst these notes and the procedure booklet will prepare and arm Presidents to discharge this task, it is upon the Judge Advocate (who is also a member of the court) that Presidents should rely for advice and guidance on the discharge of this duty, and all matters associated with the trial. Judge Advocates are selected from the ranks of experienced naval barristers by the Chief Naval Judge Advocate. It is their responsibility to ensure that the trial is conducted in accordance with the law, and they are trained and experienced in all matters concerning evidence and procedure and are accustomed to dealing with the many unforeseen difficulties inevitably faced by courts-martial.”

50. The notes continued at paragraphs 2, 3 and 5, as follows:

“2. Experience has shown that it is of paramount importance that Presidents confine themselves to their particular duty laid down in [the 1997 Rules], and do not allow themselves or their Court Members to treat the proceedings as a board of inquiry into

---

1. *Note by the Registry*. See *Cooper v. the United Kingdom*, judgment of the same date, also reported in this volume.

any aspect of omission, neglect or wrong-doing by any person not charged and brought before the Court as an Accused. ...

3. Without exception such matters can be dealt with internally, without the need to draw attention to them outside the Service by pronouncement made in open court. The preferred course for dealing with such matters which may come to light during the trial ... is therefore for Presidents to raise them with the appropriate Service authority after the trial has finished.

...

5. Presidents and Court Members should bear in mind that their duties in court can be exacting, onerous and require considerable patience; they should not therefore under-estimate the demands that will be made of them. They must be prepared to concentrate on the issues in the trial without any distraction by their normal duties and responsibilities. ...”

51. Paragraphs 8 to 10 covered the opening procedure, describing how the members of the court-martial would enter (indicating that the president would return the salutes of the uniformed personnel as appropriate) and how the parties could object to any member of the court-martial (which matter would be resolved, if necessary by the judge advocate), after which the sitting members would take their oaths.

52. Paragraph 11 dealt with the procedure in the case of a “not guilty” plea. It covered the prosecutor’s opening statement, the examination, cross-examination and re-examination of witnesses, questions to witnesses by the judge advocate and the president, and closing addresses by the prosecution and defence. It also indicated that, at the discretion of the president, it would be permissible and often helpful (particularly to the uniformed advocates) to relax swords during the course of the trial. It went on to advise that:

“(i) The Judge Advocate will then direct the Court on the legal issues they must consider, and will summarise the evidence in a neutral way. He will define the elements of the offences and any other relevant law, give the Court simple guidance on how it applies to the issues in the case, and usually invite them to approach their consideration of the case by addressing a number of questions that will direct their minds to the issue of innocence or guilt. The Court will find it helpful to make a note of any questions the Judge Advocate poses.

(j) The Court will then retire to consider its verdict. They must not separate nor communicate with anyone whilst doing so. If they have further questions about any aspect of the case, then the President must reopen the Court and put those questions to the Judge Advocate on the record. Having come to their finding, and having completed the Finding Sheet which has been left with them (and which the Judge Advocate will have explained in his summing-up) the President reopens the Court, the Clerk collects the Finding Sheet and the Judge Advocate reads the finding. In the event of any finding of guilt, the Court hears mitigation and then retires (this time with the Judge Advocate present to advise them) to consider their sentence. ...”

53. Paragraph 12 dealt with questions to witnesses by the members (other than the president and the judge advocate) and pointed out that,

if they were in doubt about a question, then the president could seek the judge advocate's advice in open court before any question was asked.

54. Paragraphs 13 and 14 dealt with the judge advocate's rulings on the admissibility of evidence and on any submission by the accused that there was no case to answer in the absence of the other members of the court-martial. Paragraph 14 concluded that "like all of the Judge Advocate's rulings on matters of law, the Court are bound to follow his direction".

55. Paragraph 15 of the notes provided:

"The Court are the sole judges of the facts and weigh the evidence to establish innocence or guilt. They are bound by the Judge Advocate's directions on the law and must take any advice on the law and procedure exclusively from him. During the trial, the Court may find that they have questions which they wish to address to the Judge Advocate; such questions must be asked in open court in the presence of the Accused (and his Accused Friend and the Prosecutor) and the Judge Advocate's reply must also be on the record. This means that once the trial has commenced, the Court can have no direct communication with the Judge Advocate except in open court."

56. Paragraph 16 of the notes further stated:

"As the sole judges of the facts the Court must appear to be, and remain throughout, impartial. It is important that not only is justice done, but that it is seen to be done."

57. Paragraph 17 of the notes warned members that:

"The Court must not be tempted to reach a decision before they have heard all the evidence for both prosecution and defence. ..."

58. Paragraph 18 of the briefing notes contained the following reminder:

"... [The members' notes] should be left behind and will be destroyed by the Clerk once the trial is over."

59. Paragraph 19 of the notes advised:

"The Court should not be tempted to discuss the case amongst themselves until they have heard all the evidence and the Judge Advocate's summing-up. They must be rigorous in not discussing the case outside their number at all during the adjournments, particularly overnight, since they may be influenced, even subconsciously, by anything said to them which is not evidence in the trial. The Judge Advocate is required, as a matter of law, to remind them of this before any adjournment of any length."

60. Paragraph 21 of the briefing notes provided:

"After a plea of Guilty or finding of Guilt, the Judge Advocate will retire with the remainder of the Court to advise on and consider sentence with them in closed court. The Judge Advocate will advise the Court of the sentencing options available in the case. Sentencing is a matter for the Court's discretion and judgment, but the Judge Advocate will advise them on the appropriate level and type of sentence, based on naval sentencing practice and (where appropriate in more serious cases) Court of Appeal sentencing guidelines, as well as his experience. The Court will be invited to consider and, if necessary, vote on the sentence to be awarded, in which case the normal

tradition of the Service should be followed: the junior member should vote first, followed by the other Members of the Court and the President, in ascending order of seniority. The Judge Advocate is a member of the Court, and if necessary, has the penultimate vote on sentence before the President, who himself has an additional casting vote in the event of an equal division of votes. That said, it is the customary and proper practice for naval courts-martial to try and achieve a consensus opinion on the appropriate sentence in the first instance.”

61. Paragraph 22 of the briefing notes added:

“Following pleas or findings of Guilt in the case of officers, the Clerk of the Court (at the Judge Advocate’s prompting) will observe the tradition of the Service by turning the point of the Accused’s sword to face him.”

62. Paragraph 23 concerned announcing and giving reasons for a sentence and read as follows:

“Increasingly it is the practice of civil court judges to announce in open court the reasons behind any particular sentence they have awarded. This has been the practice of naval courts-martial for some time and is now a statutory requirement. The procedure is as follows:

(a) The Court, with the assistance and advice of the Judge Advocate, will determine the appropriate sentence in closed court.

...

(c) The Judge Advocate will also, together with the President, draft a statement of the reasons why the Court has awarded the particular sentence, which will be designed for public consumption. This statement of the reasons for sentence will be included in the signal publishing the result of the court-martial which receives a navy-wide distribution.”

#### **D. Statistics**

63. In 2002 the naval higher authority referred 103 cases to the prosecuting authority for a decision whether or not to prosecute and 26 of those cases were discontinued before trial.

64. In the year 2002 the rate of acquittals in contested naval courts-martial was 59%. The rate of acquittals in contested Crown Court trials has been:

Year ending in March 1999: 42.8%

Year ending in March 2000: 42.8%

Year ending in March 2001: 44.3%

Year ending in March 2002: 42%

Year ending in December 2002: 37.4%

#### **THE LAW**

65. The applicant complained under Article 6 § 1 of the Convention that his court-martial, structured as it was under the 1996 Act, lacked



independence and impartiality and that the proceedings before it were consequently unfair. The relevant parts of Article 6 § 1 read as follows:

“1. In the determination ... of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair ... hearing ... by an independent and impartial tribunal ...”

## I. ADMISSIBILITY OF THE COMPLAINT

66. Other than arguing that the complaint was manifestly ill-founded, the Government did not raise any other objection to its admissibility.

67. It is not disputed that the final decision in the proceedings was that of the Courts Martial Appeal Court of 20 January 2000. The complaint was introduced on 26 April 2000 and, therefore, within the six-month time-limit set down by Article 34 of the Convention. Moreover, the Court considers that, given the nature of the charge (unlawfully and maliciously wounding with intent to do grievous bodily harm contrary to the Offences Against the Person Act 1861), together with the nature and severity of the penalty imposed (three years' imprisonment), the court-martial proceedings constituted the determination of a criminal charge against the applicant (see *Engel and Others v. the Netherlands*, judgment of 8 June 1976, Series A no. 22, pp. 34-35, §§ 82-83, and, more recently, *Ezeh and Connors v. the United Kingdom* [GC], nos. 39665/98 and 40086/98, §§ 69-130, ECHR 2003-X).

68. The Court considers that the applicant's complaint raises questions of law which are sufficiently serious that its determination should depend on an examination of the merits, and no other grounds for declaring it inadmissible have been established. The Court therefore declares the complaint admissible. In accordance with its decision to apply Article 29 § 3 of the Convention ..., the Court will immediately consider the merits of the complaint.

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

### A. The relevant case-law<sup>1</sup>

...

70. In *Cooper v. the United Kingdom*, in which judgment has been delivered on the same date as the present judgment, the applicant also complained under Article 6 § 1 of the Convention that his air-force court-martial, structured as it was under the 1996 Act, lacked independence and impartiality and that the proceedings before it were consequently unfair.

---

1. Note by the Registry. The relevant case-law is set out in *Cooper v. the United Kingdom*, also reported in this volume.

71. The Court rejected his general submission that service tribunals could not, by definition, try criminal charges against service personnel consistently with the independence and impartiality requirements of Article 6 § 1 of the Convention (see *Cooper*, §§ 108-10).

72. The Court also rejected his complaint that his own court-martial lacked independence and impartiality (*ibid.*, §§ 111-34).

It found that his submissions concerning the higher authority, the prosecuting authority and the court administration officer (CAO) did not cast any doubt on the genuineness of the separation of the prosecuting, convening and adjudicating roles in the court-martial process. It further considered that there was no reason to doubt the independence of the decision-making of those bodies from chain-of-command, rank or other service influence (*ibid.*, § 115).

As to the judge advocate, the Court concluded that there was no ground upon which to question the independence of the air-force judge advocate, since he was a civilian appointed to the staff of the Judge Advocate General by the Lord Chancellor (a civilian) and to a court-martial by the Judge Advocate General (also a civilian). It was also found that the presence of a civilian with such qualifications and such a central role in court-martial proceedings constituted “one of the most significant guarantees” of the independence of those proceedings (*ibid.*, § 117). As to the permanent president of courts-martial, the Court not only found the one appointed to Mr Cooper’s court-martial to be independent but also that the permanent president constituted an “important contribution” to the independence of an otherwise *ad hoc* tribunal (*ibid.*, § 118).

Turning to the ordinary members, the Court found that there was no reason to doubt their independence by reason of the position and role of the CAO or because of the manner in which the CAO appointed them. However, their *ad hoc* appointment and their relatively junior rank, while not sufficient in themselves to undermine their independence, emphasised the need for particularly convincing safeguards against outside pressure being brought to bear on those officers. The Court concluded that there were sufficient safeguards of the independence of the ordinary members of the court-martial, notably the presence of the permanent president and the judge advocate, the prohibition on reporting on members’ judicial decision-making and the briefing notes distributed to the members (*ibid.*, §§ 119-26).

Finally, the Court found that the role of the reviewing authority did not undermine the independence of the court-martial because the final decision in the proceedings would lie with a judicial body, namely, the Courts-Martial Appeal Court (*ibid.*, §§ 127-33).

73. Accordingly, the Court concluded that Mr Cooper’s misgivings about the independence and impartiality of his air-force court-martial, convened under the 1996 Act, had not been objectively justified and that

the court-martial proceedings could not consequently be said to have been unfair. It found therefore that there had been no violation of Article 6 § 1 of the Convention.

## **B. Application to the present case**

74. The applicant has raised the same complaint as Mr Cooper, but in relation to a naval court-martial. Naval courts-martial differ in certain important respects from the air-force system examined in *Cooper*, and the Court has considered whether those distinctions are such as to lead to a conclusion in the present case different from that in *Cooper*.

75. The first distinction concerns the naval prosecuting authority: in contrast to the other services, the naval prosecuting authority can appoint a prosecutor for a court-martial from a list of uniformed naval barristers outside his own staff. The applicant did not comment specifically on how this bears on the compliance of his court-martial with Article 6 apart from noting that “*ad hoc*” prosecutors are involved in naval courts-martial. The Government emphasised that the prosecutor for the vast majority of naval courts-martial is, in fact, from the staff of the prosecuting authority, as was the prosecutor in the applicant’s case (see paragraph 12 above). In any event, they did not consider that the appointment of a prosecutor from outside that authority’s staff affected the independence of the court-martial process.

76. The Court considers that the essential point is that the prosecutor in the applicant’s case came from the staff of the prosecuting authority, as was the case in the court-martial in issue in *Cooper*.

77. Secondly, the NCAO (carrying out the same duties as the CAO in the air force) is a civilian and not a serving officer as in the air force. The applicant did not directly address this point. The Government considered that the fact that the NCAO fell outside the naval disciplinary chain was a further guarantee of the independence of the naval court-martial process. In any event, just as the air-force CAO operates independently, so too does the NCAO.

78. The Court considers it plain that the involvement of a civilian in a service court-martial process contributes to its independence and impartiality. In any event, the NCAO’s duties and functions are sufficiently similar to those of the air-force CAO as to allow the conclusion that the former operates independently of the higher and prosecuting authorities and of chain-of-command, rank or other service influence (see *Cooper*, §§ 114-15).

79. Thirdly, there is a single type of naval court-martial, whereas the air force can convene both district and general courts-martial. The parties do not suggest, and the Court does not consider, that the fact that a naval

court-martial can only sit in a single formation has any bearing on the independence and impartiality of such tribunals.

80. Fourthly, the post of permanent president does not exist in the naval system, the president of a naval court-martial being appointed for each court-martial as it is convened. The applicant pointed out that, as a result, the entire court-martial was convened on an *ad hoc* basis. The Government explained that, since there were less naval courts-martial, there was no need for a group of officers with the sole task of acting as permanent presidents and considered that the naval court-martial system complied with Article 6 § 1 even without permanent presidents.

81. The Court considers that the absence of a full-time permanent president, with no hope of promotion and no effective fear of removal, and who is not subject to reports on his judicial decision-making (see *Cooper*, § 118) deprives naval courts-martial of what was considered, in the air-force context, to be an important contribution to the independence of an otherwise *ad hoc* tribunal.

82. Fifthly, and most importantly, the judge advocate in a naval court-martial is a serving naval officer who, when not sitting in a court-martial, carries out regular naval duties. In contrast, the judge advocate in the air force is a civilian working full-time on the staff of the Judge Advocate General, himself a civilian.

83. The applicant considered this distinction sufficient in itself to conclude as to the lack of independence of naval courts-martial. He maintained that it was inevitable that the Judge Advocate of the Fleet's comments on the judge advocate's conduct of the court-martial would be taken into account in the wider service evaluation of that officer for promotion. Whether or not there was at the time a regulation excluding reporting in the service on a judge advocate's judicial decision-making, he submitted that it was unrealistic to consider that the service would genuinely separate his judicial and other service functions. The Chief Naval Judge Advocate, who appointed the judge advocate, was a service appointment. The Judge Advocate of the Fleet was not responsible for the appointment of the judge advocate, had no input into the court-martial itself and his essential task was to report on the court-martial to the reviewing authority.

84. The Government maintained that a service judge advocate was no less a safeguard than the civilian one sitting in air-force courts-martial, for the following reasons, *inter alia*: the judge advocate was ticketed only with the consent of the Judge Advocate of the Fleet (a civilian judge) and could only be removed by the Judge Advocate of the Fleet and on the same grounds as those for a civilian judge; he was responsible solely to the Judge Advocate of the Fleet in the performance of his duties as judge advocate; he received no extra pay for acting as judge advocate and neither his pay nor promotion were affected by his performance as a

judge advocate; the judge advocate in the applicant's court-martial was not reported on as regards his performance as judge advocate (a practice now enshrined in paragraph 3630 of the Queen's Regulations for the Navy) and any comments made by the Judge Advocate of the Fleet to the Chief Naval Judge Advocate did not and could not affect the naval careers of judge advocates; a judge advocate was first selected by the "ticketing process" and then for a particular court-martial on a rota basis and, in the latter case, only if he was not excluded by section 53C(4) of the 1957 Act or Rule 15 of the 1997 Rules; there was *de facto* security of tenure, since a ticketed judge advocate remained as such indefinitely; a judge advocate took a particular form of oath; he sat apart from court-martial members and his only contact with them (apart from deliberations on sentence) was in open court; and the Judge Advocate of the Fleet reviewed the court-martial, as did the reviewing authority and the Courts-Martial Appeal Court.

85. The Court notes that, as in the air force, the naval judge advocate fulfils a pivotal role in the court-martial but that, unlike his air-force equivalent, he is a serving naval officer in a post which may or may not be a legal one and who, although "ticketed" indefinitely, sits in courts-martial only from time to time. As to the Government's reliance on the involvement of a civilian Judge Advocate of the Fleet, the Court observes that the Judge Advocate of the Fleet has no input into naval court-martial proceedings, his principal role being to report to the reviewing authority on those proceedings. Further, it is not the Judge Advocate of the Fleet but the Chief Naval Judge Advocate (a naval officer) who is responsible for the initial "ticketing" of a judge advocate (albeit with the agreement of the Judge Advocate of the Fleet).

86. Moreover, the Court notes with some concern certain reporting practices as regards judge advocates which applied at the relevant time. The Judge Advocate of the Fleet could pass comments about a judge advocate's court-martial performance to the Chief Naval Judge Advocate (see paragraph 32 above). It may be that the Chief Naval Judge Advocate had no control over promotions, but the Chief Naval Judge Advocate remained a senior service officer, whose main functions included the appointment of legally trained service officers to legal posts in the service and who was answerable as regards those duties to the senior admiral responsible for personnel policy. In addition, at the relevant time the Judge Advocate of the Fleet's report on a judge advocate's judicial performance could be forwarded to the judge advocate's service reporting officer. While this may not actually have happened in the present case, the judge advocate took up his duties in the applicant's court-martial at a time when his performance in those proceedings could, in principle, have been the subject of a report to his evaluating service officer. It is not submitted that paragraph 3630 of the Queen's Regulations for the Navy

was in force at the time of the present applicant's court-martial (see paragraph 32 above)

87. For these reasons, the Court considers that, even if the naval judge advocate appointed to the applicant's court-martial could be considered to have been independent despite the reporting matters highlighted in the preceding paragraph, the position of naval judge advocates cannot be considered to constitute a strong guarantee of the independence of a naval court-martial.

88. Moreover, the Court finds unconvincing the Government's explanations as to why a serving officer was to be preferred as judge advocate in naval courts-martial, while the Judge Advocate General and the judge advocates involved in air-force courts-martial were civilians.

The Government referred, in the first place, to the relatively small number of naval courts-martial. However, the Court considers that this only means that fewer naval judge advocates would be required. They also relied on the knowledge a naval officer would have of the unique language, customs and environment of the Royal Navy. However, since the essential function of the judge advocate is to ensure the lawfulness and fairness of the court-martial and to direct the court on points of law, it is difficult to understand why a detailed knowledge of the way of life and language of the navy should be called for, particularly where, as in the present case, the offence with which the applicant was charged was the ordinary criminal offence of malicious wounding. In any event, the Court is not persuaded that a civilian judge advocate would have more difficulty in following naval language or customs than a trial judge would have with complex expert evidence in a civilian case.

The Government further relied on the need for the naval court-martial system to be "flexible" and "portable" because of the particularly mobile nature of the navy. Naval judge advocates were therefore preferable as, *inter alia*, they would have "ready access" to the area in question and would be better prepared for the difficulties and dangers of working at sea. However, the Court does not find this relevant given the Government's clarification (in response to questions at the oral hearing) that naval courts-martial have in fact been held on land since 1986 in two trial centres (Portsmouth and Plymouth) regardless of the part of the world in which the offence was alleged to have been committed.

89. Accordingly, the lack of a civilian in the pivotal role of judge advocate deprives a naval court-martial of one of the most significant guarantees of independence enjoyed by the other services' courts-martial (the army and air-force court-martial systems being the same for all relevant purposes – see *Cooper*, § 107), for the absence of which the Government have offered no convincing explanation.

90. Sixthly and finally, the Court considers the briefing notes sent to members of naval courts-martial to be substantially less detailed and

significantly less clear than the Courts-Martial Administration Unit (RAF) briefing notes examined in detail in *Cooper* (§§ 45-62). The Court considers that they are consequently less effective in safeguarding the independence of the ordinary members of courts-martial from inappropriate outside influence.

91. The Court accordingly finds that the distinctions between the air-force court-martial system assessed in *Cooper* and the naval court-martial system in issue in the present case are such that the present applicant's misgivings about the independence and impartiality of his naval court-martial, convened under the 1996 Act, can be considered to be objectively justified. His court-martial proceedings were consequently unfair (see, for example, *Smith and Ford v. the United Kingdom*, nos. 37475/97 and 39036/97, § 25, 29 September 1999 and *Moore and Gordon v. the United Kingdom*, nos. 36529/97 and 37393/97, § 24, 29 September 1999).

There has therefore been a violation of Article 6 § 1 of the Convention.

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

92. 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."

93. The applicant made no claim in respect of pecuniary or non-pecuniary damage, and the Court sees no reason to make any such award.

#### A. Costs and expenses

94. The applicant claimed reimbursement of his legal costs and expenses. He requested a total amount of 21,100 pounds sterling (GBP) in respect of both the present case and *Cooper* (the legal representative being the same in both cases). These costs are said to represent legal work of some 134 hours costed at GBP 150 per hour together with certain travel and accommodation expenses related to the hearing held in these cases.

95. The Government noted that few details concerning, or documentation substantiating, the costs and expenses claimed to have been incurred have been submitted. They did not accept that the costs and expenses, even if incurred, were necessarily incurred or reasonable as to quantum. They suggested that the Court should award no more than GBP 5000 in respect of costs and expenses.

96. The Court reiterates 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, *Smith and Grady v. the United Kingdom* (just satisfaction), nos. 33985/96 and 33986/96, § 28, ECHR 2000-IX).

97. It notes that it has found a violation of Article 6 § 1 in the present case and considers it appropriate to make an award in respect of the applicant's reasonable legal costs and expenses.

On the one hand, the Court observes that the applicant referred generally to various aspects of the legal work completed, without indicating in any way how much time was spent on which aspect. Neither was there any indication as to the division of legal work between the present case and *Cooper*, to which cases the total legal costs and expenses' claim related. Further, there is, in the Court's opinion, considerable overlap between these two related cases. Moreover, the applicant did not clarify whether the sums claimed were inclusive or exclusive of value-added-tax (VAT). On the other hand, the present case required an examination in the Grand Chamber as well as an oral hearing (together with *Cooper*) on the admissibility and merits of the applicant's complaint.

98. Making its assessment on an equitable basis, the Court awards the sum of 8,000 euros in respect of costs and expenses (which sum is to be converted into pounds sterling at the rate applicable on the date of settlement and which is inclusive of any VAT which may be chargeable) less the legal-aid amount to be paid by the Council of Europe.

## **B. Default interest**

99. The Court considers it appropriate that the default interest should be based on the marginal lending rate of the European Central Bank, to which should be added three percentage points.

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

1. *Declares* the application admissible;
2. *Holds* that there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention;
3. *Holds*
  - (a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months, EUR 8,000 (eight thousand euros) in respect of costs and expenses (a sum to be converted into pounds sterling at the rate applicable on the date of settlement and which is inclusive of any VAT which may be chargeable) less the legal-aid amount to be paid by the Council of Europe;
  - (b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amount at a



rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;

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

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 16 December 2003.

Luzius WILDHABER  
President

Paul MAHONEY  
Registrar



GRIEVES c. ROYAUME-UNI  
*(Requête n° 57067/00)*

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 16 DÉCEMBRE 2003<sup>1</sup>

---

1. Extraits.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Indépendance et impartialité d'une cour martiale****Article 6 § 1**

*Tribunal indépendant – Tribunal impartial – Procédure pénale – Indépendance et impartialité d'une cour martiale – Rôle du président ad hoc de la cour martiale – Rôle du judge advocate de la marine – Inamovibilité – Garanties contre des pressions extérieures sur les membres de la cour martiale – Possibilité d'établir des rapports d'évaluation sur les performances judiciaires du judge advocate de la marine*

\*  
\*   \*   \*

Le requérant, qui servait dans la marine britannique, fut reconnu coupable par une cour martiale de la marine de coups et blessures volontaires. La cour était composée d'un président, de quatre officiers de marine et d'un *judge advocate*. Celui-ci, un *barrister* de la marine, veille au bon déroulement du procès et rend des décisions sur les points de droit et de procédure mais ne participe pas aux délibérations ni au vote sur le verdict. La commission de la marine décida de ne pas modifier le verdict et la peine prononcés. La cour martiale d'appel rejeta le recours formé par le requérant.

Article 6 § 1 : dans son arrêt *Cooper*, la Cour a conclu que les doutes du requérant quant à l'indépendance et à l'impartialité de la cour martiale de l'armée de l'air qui l'avait jugé n'étaient pas objectivement justifiés. Or les cours martiales de la marine diffèrent sur certains points importants de celles de l'armée de l'air. Premièrement, l'autorité de poursuite de la marine peut désigner un procureur à partir d'une liste de *barristers* de la marine en uniforme ne faisant pas partie de son personnel. En l'espèce, toutefois, le procureur appartenait au personnel de l'autorité de poursuite, comme dans l'affaire *Cooper*. Deuxièmement, l'officier administrateur des cours martiales de la marine (le « NCAO ») est un civil et non un officier en activité, ce qui contribue à l'indépendance et à l'impartialité de la procédure en cour martiale. En tout cas, le NCAO remplit des tâches et fonctions suffisamment similaires à celles de son homologue dans l'armée de l'air pour permettre de conclure qu'il travaille de manière indépendante. Troisièmement, il n'existe qu'un type de cour martiale dans la marine, alors que l'armée de l'air peut convoquer des cours martiales générales et des cours martiales de district, mais cela n'a aucune influence sur l'indépendance et l'impartialité de ces juridictions. Quatrièmement, le poste de président permanent n'existe pas dans la marine, le président étant désigné chaque fois qu'une cour martiale de la marine doit se

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

réunir. L'absence d'un président permanent, qui n'a pas à espérer de promotion ni à craindre le renvoi et n'est pas soumis à des rapports quant aux décisions judiciaires qu'il prend, prive les cours martiales de la marine d'un poste contribuant dans une mesure importante à l'indépendance d'un tribunal par ailleurs composé de manière *ad hoc*. Cinquièmement – c'est là le plus notable – le *judge advocate* siégeant en cour martiale de la marine est un officier de la marine en activité qui, lorsqu'il ne siège pas en cour martiale, accomplit des tâches courantes dans cette arme; dans l'armée de l'air, par contre, le *judge advocate* est un civil travaillant à plein temps dans l'équipe du *Judge Advocate General*, lui-même un civil. En particulier, certaines pratiques en vigueur à l'époque des faits en ce qui concerne les rapports établis sur les performances judiciaires des *judge advocates* de la marine font qu'on ne saurait dire que leur rôle constitue une garantie solide d'indépendance. A cet égard, les explications du Gouvernement quant au nombre relativement faible de procès en cour martiale qui se tiennent dans la marine et à l'importance que revêtirait la connaissance qu'a un officier de marine de l'environnement propre à celle-ci ne sont pas convaincantes. Le fait que le rôle central de *judge advocate* ne soit pas tenu par un civil prive les cours martiales de la marine de l'une des garanties les plus significatives d'indépendance. Sixièmement, le document d'information envoyé aux membres des cours martiales de la marine étant beaucoup moins précis et clair que celui établi dans l'armée de l'air, il contribue moins efficacement à assurer l'indépendance des membres ordinaires des cours martiales par rapport à des influences extérieures déplacées. Dès lors, les différences existant entre le système de l'armée de l'air et celui en vigueur dans la marine sont telles que les doutes du requérant quant à l'indépendance et à l'impartialité de la cour martiale de la marine qui l'a jugé peuvent passer pour objectivement justifiés. Son procès en cour martiale a donc manqué d'équité.

*Conclusion* : violation (unanimité).

Article 41: le requérant n'a présenté aucune demande au titre du dommage matériel ou moral. La Cour lui 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

*Smith et Ford c. Royaume-Uni*, n<sup>os</sup> 37475/97 et 39036/97, 29 septembre 1999

*Moore et Gordon c. Royaume-Uni*, n<sup>os</sup> 36529/97 et 37393/97, 29 septembre 1999

*Smith et Grady c. Royaume-Uni* (satisfaction équitable), n<sup>os</sup> 33985/96 et 33986/96, CEDH 2000-IX

*Ezeh et Connors c. Royaume-Uni* [GC], n<sup>os</sup> 39665/98 et 40086/98, CEDH 2003-X

*Cooper c. Royaume-Uni* [GC], n° 48843/99, CEDH 2003-XII

**En l'affaire Grievés c. Royaume-Uni,**

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,

Sir Nicolas BRATZA,

M<sup>me</sup> V. STRÁŽNICKÁ,

MM. C. BÍRSAN,

K. JUNGWIERT,

M. FISCHBACH,

J. CASADEVALL,

J. HEDIGAN,

M<sup>me</sup> M. TSATSA-NIKOLOVSKA,

MM. R. MARUSTE,

A. KOVLER,

S. PAVLOVSKI,

L. GARLICKI,

J. BORREGO BORREGO,

et de M. P.J. MAHONEY, *greffier*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 1<sup>er</sup> octobre et 3 décembre 2003,

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

**PROCÉDURE<sup>1</sup>**

(...)

**EN FAIT****I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE**

10. Le requérant est né en 1968 et vit dans le Devon. A l'époque des faits, il servait dans la marine britannique (*Royal Navy*).

11. Le 18 juin 1998, il fut reconnu coupable par une cour martiale de la marine, conformément à l'article 42 de la loi de 1957 sur la discipline dans la marine, de coups et blessures volontaires au mépris de la loi de 1861 sur les infractions contre les personnes. Il fut condamné, entre autres, à une

---

1. *Note du greffier* : voir *Cooper c. Royaume-Uni*, arrêt du même jour, également publié dans ce recueil.

peine d'emprisonnement de trois ans, à être renvoyé de l'armée et rétrogradé, ainsi qu'à verser 700 livres sterling de dommages et intérêts.

12. La cour martiale se composait d'un président (un capitaine de vaisseau), de quatre officiers de la marine (un capitaine de frégate, deux capitaines de corvette et un lieutenant de vaisseau) ainsi que d'un *judge advocate* (le capitaine de frégate Flanagan). Le *judge advocate* était un *barrister* de la marine qui occupait le poste de conseiller juridique de la marine auprès du FLEET (commandement chargé de l'organisation et du déploiement de tous les bâtiments en mer). Il était d'un grade inférieur à celui du président de la cour martiale. Les poursuites furent menées par un capitaine de corvette membre de l'autorité de poursuite. Le requérant choisit d'être représenté par un *barrister* de la marine. L'officier défenseur et l'officier procureur étaient d'un grade inférieur à celui du *judge advocate*, tandis que l'officier défenseur était d'un grade plus élevé que celui de l'officier procureur.

13. Au début du procès, le *judge advocate* donna aux membres de la cour martiale les instructions suivantes :

« En tant que *judge advocate*, ma fonction est de veiller à ce que le procès se déroule dans le respect de la loi ; je suis donc là pour vous conseiller et vous guider. Je n'aurai aucun rôle dans l'établissement des faits. Vous devrez considérer que ce que je dis concernant le droit et la procédure est correct. Si vous avez des questions à me poser pendant le procès (...) vous devrez le faire publiquement en audience en présence de l'accusé, de son représentant et du procureur, et ce par l'intermédiaire de (...), le président. Cela signifie (...) qu'à partir de maintenant le procès étant ouvert, vous ne pouvez communiquer directement avec moi qu'en audience publique ; en conséquence, si je fais mine de vous éviter en dehors de l'enceinte du tribunal (...) n'en prenez pas ombrage (...)

Vous pouvez discuter de l'affaire entre vous lorsque vous êtes réunis en privé si vous le souhaitez, mais je vous conseille fermement de résister à cette tentation tant que vous n'aurez pas entendu tous les témoignages ainsi d'ailleurs que mon propre résumé. Vous ne devez absolument pas parler de l'affaire pendant les suspensions de séance, où l'on pourrait vous entendre, par exemple pendant le déjeuner au mess, où une salle vous a été réservée, et notamment le soir, car vous ne devez vous laisser influencer par rien de ce qui vous est dit ou de ce que vous observez en dehors des preuves soumises pendant le procès. Je réitérerai cet avertissement (...) avant chaque interruption de séance, et notamment en fin de journée. »

14. Le 29 septembre 1998, la commission de la marine (*Navy Board*) décida de ne pas modifier le verdict et la peine prononcés par la cour martiale. Dans son avis à cette commission, le *judge advocate* des forces navales avait indiqué que le procès avait été « bien mené par toutes les personnes concernées », que les principales instructions juridiques données par le *judge advocate* dans son résumé étaient « impeccables » et que si une erreur avait pu être commise, elle était en tout état de cause favorable au requérant.



15. Le 30 juin 1999, un juge unique de la cour martiale d'appel rejeta le recours du requérant. La cour martiale d'appel en formation plénière fit de même le 20 janvier 2000.

## II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

### A. Généralités

16. La loi de 1996 sur les forces armées (*Armed Forces Act 1996* – «la loi de 1996»), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 1997, est venue amender notamment la loi de 1957 sur la discipline dans la marine (*Naval Discipline Act 1957* – lorsqu'il est fait référence ci-après à «la loi de 1957», il s'agit de la version amendée de celle-ci). Les procès devant les cours martiales de la marine sont régis entre autres par la loi de 1957, par le règlement de 1997 sur les cours martiales de la marine (*Courts-Martial (Royal Navy) Rules 1997* – «le règlement de 1997»), dans sa version amendée, et par le décret royal pour la marine (*Queen's Regulations for the Royal Navy* – «le décret royal»).

17. L'article 42 de la loi de 1957 dispose que toute personne relevant de la justice de la marine qui commet une infraction civile, que ce soit au Royaume-Uni ou ailleurs, se rend coupable d'une infraction à cet article.

18. L'article 43 § 1 de la loi de 1957 énumère les peines que peut prononcer une cour martiale lorsqu'elle a rendu un verdict de culpabilité et établit sur le plan du droit la position relative des sanctions dans l'échelle des peines disponibles (supplément («*coda*») à l'article 43 § 1 de la loi de 1957).

### B. La cour martiale – participants et procédure

#### 1. *Le chef de corps*

19. Toute allégation selon laquelle une personne relevant de la justice de la marine a commis une infraction doit être signalée au chef de corps du prévenu, lequel doit mener une enquête puis peut classer l'affaire, la renvoyer à l'autorité supérieure ou la traiter selon une procédure simplifiée.

#### 2. *L'autorité supérieure*

20. L'autorité supérieure est un officier supérieur de la marine. Il ne possède pas de qualification juridique mais bénéficie des avis juridiques d'un *barrister*. Il doit déterminer si une affaire dont l'a saisi un chef de corps doit être renvoyée à celui-ci pour qu'il la traite selon une procédure simplifiée (sauf si le prévenu a déjà choisi d'être jugé en cour martiale),

renvoyée à l'autorité de poursuite pour qu'elle décide s'il y a lieu de poursuivre le prévenu, ou classée sans suite. La décision de l'autorité supérieure est essentiellement une décision participant du commandement car cette autorité doit se demander s'il existe des raisons d'ordre militaire de ne pas engager de poursuites. Une fois sa décision prise, l'autorité supérieure n'a plus à intervenir.

### 3. *L'autorité de poursuite*

21. La fonction de procureur est assurée par l'autorité de poursuite de la marine («l'autorité de poursuite»), qui est désignée par la Reine (article 52H de la loi de 1957) et rend compte à l'*Attorney General* pour ce qui est de l'exécution de ses fonctions de poursuite.

22. Dans la presque totalité des cas (88 % des affaires traitées par elle en 2002 et jusqu'à la mi-2003), l'autorité de poursuite choisit des *barristers* parmi son personnel, c'est-à-dire des *barristers* qui travaillent exclusivement pour elle. Cependant, il arrive parfois que l'autorité de poursuite nomme des procureurs à partir d'une liste de *barristers* de la marine portant l'uniforme et habilités à exercer la fonction de procureur mais qui, de manière générale, ne travaillent pas directement pour elle (contrairement à ce qui se passe dans l'armée de terre et l'armée de l'air, où les poursuites sont exclusivement menées par des procureurs appartenant au personnel de l'autorité de poursuite de chacune de ces armes). Ces officiers peuvent occuper un poste juridique ou non mais ne doivent pas se trouver dans la chaîne de commandement du prévenu et doivent reprendre de leurs actes de procureur devant l'autorité de poursuite.

23. Les *barristers* de la marine désignés pour faire fonction de procureur sont membres du barreau d'Angleterre et du pays de Galles et donc assujettis aux obligations professionnelles et déontologiques prévues par le code de déontologie du barreau (y compris l'obligation d'agir avec indépendance et dans l'intérêt de la justice). L'autorité de poursuite ainsi que tous les officiers faisant fonction de procureur appliquent aussi le code des procureurs militaires (*Code for Service Prosecutors*), qui est approuvé par l'*Attorney General* et indique de quelle manière ces fonctions doivent être exercées.

24. 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 et, si oui, de préciser les chefs d'accusation. C'est elle qui mène les poursuites (annexe I à la loi de 1996, partie II), au nom de la Couronne.

### 4. *L'officier administrateur des cours martiales de la marine (le «NCAO»)*

25. Le NCAO est un fonctionnaire civil attaché à l'«un des secrétariats s'occupant des questions politiques liées à la discipline dans la marine».

Il est chargé de l'organisation des procès en cour martiale, notamment de fixer les lieu et date du procès, de s'assurer de la disponibilité d'un *judge advocate* et de tout agent de la cour dont la présence serait nécessaire, de veiller à la comparution des témoins et de choisir les membres de la cour. Il est désigné par le Conseil de défense. Le NCAO responsable a compétence pour dissoudre la cour avant l'audience.

26. Une cour martiale de la marine se compose d'un président, de quatre à huit officiers de la marine en activité ayant au moins trois années d'expérience militaire et d'un *judge advocate* (depuis l'entrée en vigueur de la loi de 2001 sur les forces armées – «la loi de 2001» – les sous-officiers peuvent aussi siéger en cour martiale). La distinction entre cours martiales de district et cours martiales générales qui existe dans l'armée de terre et l'armée de l'air ne se retrouve pas dans la marine. A la différence de ces deux autres armes, elle ne désigne pas non plus de présidents permanents des cours martiales et n'en a jamais désigné.

##### 5. *Les judge advocates de la marine*

27. Dans la marine, le rôle que joue le *Judge Advocate General* dans l'armée de terre et l'armée de l'air est scindé entre deux personnes: le *judge advocate* des forces navales (*Judge Advocate of the Fleet*) et le *Chief Naval Judge Advocate*.

28. Le *Judge Advocate of the Fleet* est un juriste civil expérimenté. Le *Judge Advocate of the Fleet* actuel est *circuit judge* depuis 1992. Il fut nommé à son poste en 1995 par la Reine sur la recommandation du ministre de la Justice (*Lord Chancellor*), auquel il doit rendre compte. L'article 73 de la loi de 1957 dispose :

« Cette partie de la loi est sans préjudice de l'exercice par le *Judge Advocate of the Fleet* de ses fonctions consistant à suivre les procès devant les cours martiales et tribunaux disciplinaires et à en rendre compte, et des autres fonctions qu'il exerce dans le cadre de ces juridictions. »

Le *Judge Advocate of the Fleet* a pour principale responsabilité de contrôler tous les procès devant les cours martiales de la marine, à l'exception de ceux où l'accusé plaide coupable, afin d'être à même de conseiller l'autorité de contrôle sur le point de savoir s'ils ont bien été menés dans le respect de la loi. Si le *Judge Advocate of the Fleet* est d'avis que tel n'a pas été le cas, il a compétence pour recommander à l'autorité de contrôle d'annuler la condamnation ou de modifier le verdict ou la peine.

29. Le *Chief Naval Judge Advocate*, en revanche, est choisi par l'armée. Il est désigné par le chef d'état-major de la marine (*First Sea Lord* ou *Chief of Naval Staff*) sur les conseils du secrétaire à la Marine et doit être un *barrister* ayant l'expérience et le grade adéquats. Il doit répondre devant le chef d'état-major en second de la marine (*Second Sea Lord* ou *Chief of Naval Personnel*), qui est l'amiral responsable de la politique du personnel,

sauf en ce qui concerne ses fonctions judiciaires, qui s'inscrivent dans le cadre de ses « tâches auxiliaires » et pour lesquelles il rend compte au seul *Judge Advocate of the Fleet*.

Le *Chief Naval Judge Advocate* a pour principale fonction d'être, au sein de la marine, le premier conseiller sur les questions de droit, y compris le droit de la marine, pénal, du travail, maritime et international. Il doit aussi « veiller à ce qu'un nombre suffisant d'officiers de marine reçoivent une formation de *barrister* puis soient ensuite désignés à des emplois juridiques en vue de fournir les services juridiques demandés par les commandements, y compris les états-majors ». Au titre de ses « tâches principales », il doit prêter assistance au *Judge Advocate of the Fleet* et le consulter sur les questions de droit et de politique juridique, choisir les officiers devant suivre une formation juridique et superviser leurs travaux. Siéger comme *judge advocate* dans les procès en cour martiale complexes et désigner des *barristers* pour siéger comme *judge advocates* compte parmi ses « tâches auxiliaires » (article 53B1) de la loi de 1957).

30. Tout *judge advocate* siégeant en cour martiale doit être diplômé depuis au moins cinq ans (article 53B2) de la loi de 1957). En outre, il est de règle depuis plusieurs années dans la marine, comme cela ressort du mandat du *Chief Naval Judge Advocate*, de ne désigner comme *judge advocate* que des officiers en activité. La raison en est donnée par le *Chief Naval Judge Advocate* en titre (le contre-amiral Jeffrey Blackett) en ces termes :

« (...) parce qu'ils comprennent le mode de vie particulier et unique de la marine grâce à leur propre expérience opérationnelle. Ils sont à même de conseiller et instruire la cour dans des termes qui reflètent leur grande connaissance de l'armée, ce qui renforce leur crédibilité aux yeux de toutes les parties. »

31. Le mode de désignation d'un *judge advocate* de la marine diffère de celui adopté dans l'armée de terre et l'armée de l'air. Le processus de désignation, auquel le *Chief Naval Judge Advocate* et le *Judge Advocate of the Fleet* participent, s'appelle « délivrance du brevet » (« *ticketing* »). Le *Chief Naval Judge Advocate* évalue régulièrement l'expérience et les compétences des personnes ayant les qualifications requises au moyen des mêmes critères que ceux utilisés par le ministre de la Justice pour apprécier les compétences en vue de la désignation à des postes judiciaires dans le civil. Il consulte ensuite le *Judge Advocate of the Fleet* quant à l'opportunité de procéder à une désignation. Celui-ci aura pu évaluer les compétences des candidats en vue de l'obtention d'un brevet car le contrôle qu'il effectue des procès en cour martiale peut aussi comprendre l'appréciation des qualités des *barristers* de l'accusation et de la défense. Lorsqu'il a obtenu l'accord du *Judge Advocate of the Fleet*, le *Chief Naval Judge Advocate* informe par écrit le candidat retenu qu'il a été désigné ou « breveté ». Pareille désignation se fait pour une durée indéterminée. Une fois breveté, un *judge advocate* reste inscrit sur la liste jusqu'à ce qu'il prenne sa retraite ou

demande à être retiré de la liste. Aucun *judge advocate* n'a jamais été démis de ses fonctions; en revanche, certains ont demandé à se retirer parce qu'ils avaient décidé de se consacrer à des fonctions opérationnelles au sein de la marine. Si la question venait à se poser, les motifs de révocation seraient identiques à ceux applicables à un juge civil, la décision relevant alors du *Judge Advocate of the Fleet*.

Une fois «breveté», cet officier acquiert son expérience en assistant à un procès en cour martiale aux côtés d'un confrère expérimenté, puis il siège dans les affaires où l'accusé plaide coupable, de sorte que la seule question à trancher est celle de la peine. Il appartient ensuite au *Chief Naval Judge Advocate* de décider du moment où le *judge advocate* en question est prêt à siéger dans des affaires où la culpabilité est à déterminer. Le *judge advocate* est alors désigné dans telle ou telle affaire par le *Chief Naval Judge Advocate* et de par la lettre de désignation de celui-ci; en pratique, toutefois, il n'y a pas de sélection puisque les *judge advocates* sont désignés à tour de rôle, le seul critère étant qu'ils ne soient pas exclus par le jeu de l'article 53C4) de la loi de 1957 ou de l'article 15 du règlement de 1997. A cette fin, le NCAO tient à jour la liste des *judge advocates* «brevetés», celui dont le nom figure en tête étant désigné pour le procès suivant. Son nom est alors placé en fin de liste et il ne sera pas désigné de nouveau tant que son nom ne sera pas revenu en tête de liste. Les *barristers* «brevetés» peuvent être nommés à des fonctions juridiques ou non: ceux qui occupent une fonction juridique siègent comme *judge advocate* vingt à trente jours par an en moyenne et les autres pendant une durée moindre.

Il existe actuellement quatre *judge advocates* en exercice; l'un d'eux est en poste au ministère de la Défense et ne fait donc pas l'objet de rapports de la part de ses supérieurs de la marine.

32. Les *judge advocates* répondent de la façon dont ils s'acquittent de leurs tâches professionnelles en cour martiale devant le seul *Judge Advocate of the Fleet*. Comme indiqué plus haut, ce dernier contrôle tous les procès où la culpabilité était en jeu ayant débouché sur une condamnation. Lorsqu'il conseille l'autorité de contrôle, le *Judge Advocate of the Fleet* commente la manière dont le *judge advocate* a conduit la procédure ainsi que son résumé. Il peut aussi transmettre «des commentaires professionnels sur le travail judiciaire au [Chief Naval Judge Advocate]». A l'époque où le requérant est passé en cour martiale, il arrivait que le *Chief Naval Judge Advocate* fournisse au supérieur hiérarchique d'un *judge advocate*, à la demande de cet officier, un résumé des commentaires formulés par le *Judge Advocate of the Fleet* sur la manière dont le *judge advocate* s'était acquitté de sa tâche. Le *judge advocate* qui a siégé au procès du requérant n'a pas fait l'objet d'un tel rapport et cette pratique n'est plus en vigueur. Le *Chief Naval Judge Advocate* ne participe pas au jury de promotion d'un officier qui a servi comme *judge advocate* et n'a aucun contrôle ou influence sur sa promotion. Les *judge advocates* ne reçoivent pas de solde supplémentaire ou

distincte pour le travail qu'ils accomplissent en tant que tels et leur solde et leur promotion ne sont en rien affectées par le fait qu'ils occupent cette fonction ou par la manière dont ils l'exercent.

Le paragraphe 3630 du décret royal, entré en vigueur après le procès en cause, dispose :

«3. Il s'ensuit que les *judge advocates* doivent être libres de tout contrôle ou restriction afin d'accomplir en toute indépendance les devoirs que la loi exige d'eux. Dans l'exercice de leurs tâches professionnelles en cour martiale, les *judge advocates* ne rendent compte au *Judge Advocate of the Fleet* que de l'exécution de celles-ci.

4. Le *Judge Advocate of the Fleet* doit seulement faire un rapport sur la manière dont le *judge advocate* s'acquitte de ses fonctions lors d'un procès en cour martiale, et ce sous l'angle professionnel. Aucun autre rapport personnel, évaluation ou autre document ne peut être rédigé ou utilisé pour déterminer si un officier exerçant les fonctions de *judge advocate* présente les qualifications nécessaires pour être promu, ou les qualifications ou aptitudes nécessaires pour occuper un poste donné ou suivre une formation donnée. Lorsqu'un *judge advocate* est désigné à un poste général, ou lorsqu'il accomplit des tâches d'ordre général, aucune disposition du présent article n'interdit la rédaction de rapports adéquats à son sujet quant à la façon dont il exerce ces tâches, et ce à des fins de promotion, de désignation ou de formation.»

#### 6. *Le président et les membres ordinaires des cours martiales*

33. Les membres des cours martiales sont désignés de manière aléatoire. Le NCAO demande aux navires et bases navales de suggérer des officiers pour être membres des cours martiales. Il existait aussi une liste de volontaires qui s'étaient proposés parce qu'ils étaient disponibles et prêts à siéger au sein d'une cour martiale. (Depuis l'entrée en vigueur de la loi de 2001, la désignation des membres se fait par sélection aléatoire dans une base de données informatique contenant les noms des officiers habilités à siéger.)

L'article 53C4b) de la loi de 1957 interdit de choisir les officiers administrateurs, les chefs de corps du prévenu, les membres de l'autorité supérieure, les officiers enquêteurs et tous les autres officiers qui ont participé à l'instruction. L'article 15 du règlement de 1997 exclut aussi l'officier servant sous les ordres de l'autorité supérieure qui a renvoyé l'affaire, de l'autorité de poursuite ou des officiers administrateurs. Les membres de la cour martiale n'ont pas de qualification juridique mais la plupart, avant de siéger pour la première fois, assistent à un procès en cour martiale en tant qu'observateurs et suivent le cours d'un officier de division, ce qui leur permet d'acquérir une formation sur la procédure simplifiée. En outre, ils sont aussi nombreux à suivre le cours à l'intention des officiers subalternes, qui comporte une conférence sur la discipline dans la marine.

34. Les membres de la cour martiale restent soumis à la discipline de la marine au sens général du terme, puisqu'ils demeurent officiers des forces navales. Toutefois, ils ne sont l'objet d'aucun rapport dans le cadre de leurs fonctions de membres de la cour martiale et, en particulier, quant à leurs décisions judiciaires. Tenter d'influencer, ou influencer un membre d'une cour martiale constitue une infraction à la *common law*, celle d'entrave au bon fonctionnement de la justice et/ou de comportement contraire à l'ordre ou à la discipline dans la marine (article 39 de la loi de 1957).

35. Le président est chargé de diriger le procès comme il sied à une cour de justice et dans le respect des traditions de la marine britannique (article 28 § 1 du règlement de 1997). Le poste de président permanent des cours martiales, qui existe dans l'armée de terre et l'armée de l'air (arrêt *Cooper c. Royaume-Uni*, également publié dans ce recueil, §§ 30-32), n'a jamais été créé dans la marine.

#### 7. *Le procès en cour martiale*

36. Lorsque les membres de la cour martiale ont été désignés et convoqués, ils reçoivent le document d'information préparé à l'intention de tels membres par le NCAO (paragraphe 47-62 ci-dessous) ainsi que la liste des témoins à charge. Ils sont tenus de prendre connaissance de cette liste et d'indiquer au NCAO s'ils connaissent des témoins. Ils sont également informés que, s'ils se rendent compte par la suite qu'ils connaissent effectivement un témoin, ils doivent le signaler au *judge advocate*.

37. A l'ouverture du procès, le nom des membres de la cour martiale (*judge advocate*, président et membres ordinaires) est lu à haute voix ; l'accusé a alors la possibilité de récuser tel ou tel membre.

38. Le président et chaque membre ordinaire d'une cour martiale doivent prêter le serment suivant :

«Je jure devant Dieu tout-puissant d'administrer dûment la justice en respectant la loi, 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 de tout membre de la présente cour, sauf si la loi m'y oblige.»

Le *judge advocate* prête pour sa part le serment suivant :

«Je jure devant Dieu tout-puissant de m'acquitter de mon mieux de mes fonctions de *judge advocate* en respectant la loi, 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.»

39. Le *judge advocate* détient le pouvoir de dissoudre la cour martiale une fois l'audience ouverte. Pendant le procès, il ne siège pas à côté des membres de la cour martiale et n'a aucun contact avec eux (que ce soit pendant l'audience ou en dehors de celle-ci) hormis ceux qui sont portés sur les minutes du procès. Ses décisions sur des points de droit lient les

membres de la cour martiale et il prononce un résumé en audience avant que la cour ne se retire pour délibérer sur le verdict.

40. Les délibérations ont un caractère confidentiel, puisqu'il est interdit aux membres de divulguer tout avis ou vote. Le *judge advocate* ne participe ni aux délibérations, qui se tiennent à huis clos, ni au vote sur le verdict. Toutefois, il siège à huis clos avec les membres pour délibérer sur la peine, donner les avis nécessaires sur ce point et voter. Les décisions concernant le verdict et la peine sont prises à la majorité (article 62 de la loi de 1957). En cas de partage des voix, celle du président de la cour martiale est prépondérante. Ce dernier énonce aussi en public les raisons du choix de la peine. Les membres de la cour doivent s'exprimer pendant les délibérations puis, à l'issue de celles-ci, voter sur le verdict et la peine par ordre croissant d'ancienneté.

#### 8. L'autorité de contrôle

41. Tous les verdicts de culpabilité et peines prononcés par une cour martiale doivent être revus par l'autorité de contrôle dans le délai imparti (article 70 de la loi de 1957). L'autorité de contrôle est le Conseil de défense. Celui-ci a délégué ses fonctions à la commission de la marine (*Navy Board* ou *Admiralty Board*), qui a elle-même confié cette tâche au secrétaire à la Marine.

42. Comme indiqué plus haut, les affaires où la question de la culpabilité était ouverte qui ont débouché sur une condamnation sont revues par le *Judge Advocate of the Fleet* qui donne par écrit à l'autorité de contrôle son avis sur la solidité de la condamnation et la conduite du procès. Lorsque l'accusé a plaidé coupable et a été condamné, l'autorité de contrôle reçoit un avis juridique de la part d'un *barrister* de la marine expérimenté qui est lui-même un *judge advocate* chevronné mais n'exerce plus comme tel tant qu'il est conseiller de l'autorité de contrôle, pour des raisons tenant à son indépendance à l'égard de la « magistrature de la marine ». L'accusé peut aussi adresser une demande à l'autorité de contrôle dans les vingt-huit jours suivant sa condamnation; la procédure devant l'autorité ne débute qu'à réception de cette demande ou à l'expiration de ce délai de vingt-huit jours. L'avis transmis après le procès à l'autorité de contrôle (par le *Judge Advocate of the Fleet* ou par le *barrister* de la marine expérimenté) est communiqué à l'accusé. Lorsque l'accusé a formulé une demande, il en est tenu compte dans l'avis donné à l'autorité de contrôle.

43. L'autorité de contrôle rend une décision motivée (article 75 du règlement de 1997); le verdict et la peine qu'elle prononce sont considérés à toutes fins utiles comme s'ils émanaient de la cour martiale.

L'autorité de contrôle peut prononcer un verdict de culpabilité (choisi parmi ceux que la cour martiale aurait pu rendre dans le cas où elle aurait



jugé établis les faits justifiant pareil verdict – article 71 § 2 de la loi de 1957). Elle peut aussi «prononcer une peine (ne devant pas être selon elle plus lourde que la peine initiale) choisie parmi celles que la cour martiale aurait pu rendre pour accompagner le verdict qui apparaît approprié» (article 71 §§ 2 et 4 de la loi de 1957).

Conformément à l'article 71A de la loi de 1957, l'autorité de contrôle peut aussi annuler tout verdict de culpabilité et la peine qui l'accompagne et autoriser un nouveau procès dans les mêmes conditions que la cour martiale d'appel (...). Il appartient alors à l'autorité de poursuite de demander ou non que l'affaire soit rejugée. L'intéressé n'est pas entendu par l'autorité de contrôle à ce sujet, mais il peut attaquer la décision de l'autorité de poursuite de demander un nouveau procès pour abus de procédure. Un individu condamné à l'issue d'un nouveau procès conserve la possibilité de contester le verdict et la peine devant la cour martiale d'appel.

#### 9. *La cour martiale d'appel*<sup>1</sup>

(...)

### **C. Le document d'information du NCAO intitulé «Document à l'intention des présidents et membres des cours martiales de la marine»**

47. A l'époque des faits, le document d'information présenté ci-dessous était envoyé par le NCAO aux personnes désignées pour faire partie d'une cour martiale, y compris au président.

48. L'introduction au document est libellée en ces termes (la brochure relative à la procédure dont il est question dans cette introduction n'a pas été fournie à la Cour par le Gouvernement) :

« 1. Le présent document est conçu pour guider les présidents et membres des cours martiales de la marine dans leurs fonctions et devoirs. Il n'a aucun caractère obligatoire et les membres de la cour doivent continuer à exercer leurs jugement et pouvoir discrétionnaire tout au long du procès. Ce document vise à expliquer les procédures et formalités à suivre, de façon que les membres qui participent pour la première fois à un procès en cour martiale comprennent mieux leur rôle et puissent se concentrer sur les questions que pose l'affaire.

2. Les officiers choisis pourront également trouver utile de prendre connaissance de la brochure relative à la procédure devant la cour martiale (dont une copie est jointe au présent document) même s'il appartient au *judge advocate* de veiller au respect de la

1. *Note du greffe*: voir *Cooper c. Royaume-Uni*, arrêt du même jour, également publié dans ce recueil.

procédure. Ce dernier dirige le président et les membres en la matière tout au long du procès et leur donne les indications nécessaires au respect des formalités habituelles.»

49. Le paragraphe 1 du document d'information dispose :

«Le président est « chargé de diriger le procès comme il sied à une cour de justice et dans le respect des traditions de la marine britannique » (article 28 § 1 [du règlement de 1997]). Si le présent document et la brochure relative à la procédure préparent et aident les présidents à s'acquitter de leur tâche, c'est au *judge advocate* (également membre de la cour) qu'ils doivent s'adresser pour obtenir des avis et conseils à cet égard ainsi que sur tout point en rapport avec le procès. Les *judge advocates* sont choisis par le *Chief Naval Judge Advocate* dans les rangs des *barristers* de la marine expérimentés. Il leur incombe de veiller à ce que le procès soit mené dans le respect de la loi. A cette fin, ils bénéficient d'une formation et d'une expérience sur toutes les questions touchant aux preuves et procédures et sont habitués à traiter de toutes les difficultés imprévues auxquelles les cours martiales doivent inévitablement faire face.»

50. Les paragraphes 2, 3 et 5 poursuivent :

«2. L'expérience montre qu'il est de la plus haute importance que le président se cantonne à la tâche qui lui est dévolue par le [règlement de 1997] et ne se laisse pas entraîner, ni ne laisse les membres de la cour être entraînés, à répondre à des questions concernant une omission, négligence ou faute commise par une personne qui ne ferait pas l'objet d'une inculpation et ne comparaitrait pas devant la cour en tant qu'accusé. (...)

3. Pareilles questions doivent sans exception être traitées de manière interne, sans qu'il soit nécessaire d'attirer l'attention sur elles en dehors de l'armée par une déclaration prononcée publiquement en audience. Lorsque de telles questions viennent à apparaître au cours du procès, il est donc préférable (...) que le président les soulève auprès de l'autorité militaire compétente après la fin du procès.

(...)

5. Le président et les membres de la cour doivent se souvenir que leurs fonctions lors du procès peuvent se révéler lourdes et astreignantes et demander une patience considérable; ils ne doivent donc pas sous-estimer les exigences qui pèseront sur eux. Ils doivent être prêts à se concentrer sur les questions que soulève le procès sans se laisser distraire par leurs tâches et responsabilités ordinaires. (...)

51. Les paragraphes 8 à 10 décrivent l'ouverture du procès, c'est-à-dire la manière dont les membres de la cour martiale entrent dans la salle d'audience (le président doit rendre comme il convient leur salut aux militaires en uniforme présents) et dont les parties peuvent récuser tel ou tel membre (question qui est si nécessaire tranchée par le *judge advocate*), après quoi les membres de la cour prêtent serment.

52. Le paragraphe 11 traite de la procédure à suivre si l'accusé plaide non coupable. Il passe en revue la déclaration d'ouverture du procureur, l'interrogatoire, le contre-interrogatoire et le nouvel interrogatoire des témoins, les questions posées à ceux-ci par le *judge advocate* et le président et les plaidoiries finales de l'accusation et de la défense. Il précise aussi que, si le président le décide, il est permis, voire utile (en particulier pour

les avocats en uniforme) de déposer les armes pendant la durée du procès. Il ajoute que :

« i) Le *judge advocate* donne ensuite à la cour des instructions quant aux questions de droit à examiner et résume les éléments de preuve de manière neutre. Il précise les éléments constitutifs des infractions ainsi que tout autre point de droit pertinent, donne aux membres des conseils simples sur la façon de l'appliquer à la cause et les invite habituellement à aborder l'affaire en traitant un certain nombre de questions qui orienteront leur esprit s'agissant de l'innocence ou de la culpabilité. La cour aura avantage à noter par écrit les questions que le *judge advocate* pourra être amené à poser.

j) Les membres se retirent ensuite pour délibérer sur le verdict. Ils ne doivent ni se séparer ni communiquer avec quiconque pendant les délibérations. S'ils ont des questions supplémentaires à poser au sujet d'un aspect quelconque de l'affaire, le président doit rouvrir l'audience et inscrire au procès-verbal les questions posées au *judge advocate*. Après que la cour a défini le verdict et que le président l'a inscrit sur la feuille prévue à cet effet (conformément aux explications données par le *judge advocate* dans son résumé), le président rouvre l'audience, l'huissier prend la feuille en question et le *judge advocate* lit le verdict. En cas de verdict de culpabilité, la cour prend connaissance des circonstances atténuantes puis se retire (cette fois en présence du *judge advocate* pour qu'il la conseille) afin de délibérer sur la peine. (...)»

53. Le paragraphe 12 traite des questions adressées aux témoins par les membres de la cour (autres que le président et le *judge advocate*), indiquant que si ceux-ci éprouvent des doutes sur une question, le président doit solliciter l'avis du *judge advocate* pendant l'audience avant de la poser.

54. Les paragraphes 13 et 14 concernent les décisions du *judge advocate* sur la recevabilité des preuves et sur l'argument que pourrait faire valoir l'accusé selon lequel les charges seraient insuffisantes en l'absence des autres membres de la cour martiale. Le paragraphe 14 conclut que « comme pour toutes les décisions du *judge advocate* sur des points de droit, la cour est tenue de suivre ses instructions ».

55. Le paragraphe 15 indique :

« La cour est seule juge des faits et évalue les preuves afin d'établir si l'accusé est innocent ou coupable. Elle est liée par les instructions données par le *judge advocate* quant au droit et ne doit accepter que de lui seul des avis concernant le droit et la procédure. Pendant le procès, la cour peut s'apercevoir qu'elle a des questions à poser au *judge advocate* ; cela doit alors être fait en public en présence de l'accusé (ainsi que de son représentant et du procureur) ; la réponse du *judge advocate* comme la question doivent être inscrites au procès-verbal. Cela signifie qu'une fois l'audience ouverte, la cour ne peut communiquer directement avec le *judge advocate* que publiquement. »

56. Le paragraphe 16 informe les membres de ce qui suit :

« Etant seule juge des faits, la cour doit être et paraître impartiale tout au long du procès. En effet, il faut non seulement que justice soit faite, mais aussi qu'elle le soit au vu et au su de tous. »

## 57. Le paragraphe 17 est ainsi libellé :

« La cour ne doit pas céder à la tentation de rendre une décision avant d'avoir pris connaissance de tous les éléments à charge et à décharge. (...) »

## 58. Le paragraphe 18 rappelle :

« (...) [Les notes prises par les membres] doivent être laissées en salle d'audience ; l'huissier les détruira une fois le procès terminé. »

## 59. Le paragraphe 19 renferme les conseils suivants :

« Les membres de la cour ne doivent en aucun cas discuter de l'affaire entre eux tant qu'ils n'ont pas pris connaissance de l'ensemble des preuves et du résumé du *judge advocate*. Ils doivent s'astreindre à ne pas en discuter avec d'autres personnes lorsque la séance est suspendue, notamment pour la nuit, car ils risqueraient d'être influencés, même inconsciemment, par des propos, autres que des preuves admises au procès, qu'on leur tiendrait. Le *judge advocate* est contraint, de par la loi, de leur rappeler cette obligation avant toute suspension de séance. »

## 60. Le paragraphe 21 dispose :

« Si l'accusé a plaidé coupable ou si la cour a conclu à sa culpabilité, le *judge advocate* se retire avec les autres membres de la cour afin de les conseiller quant à la peine et de délibérer à ce sujet avec eux à huis clos. Il conseille la cour au sujet des différentes peines applicables en l'espèce. C'est à la cour qu'il appartient de fixer la peine, mais le *judge advocate* lui indique quel type de peine convient en se fondant sur la pratique en vigueur dans la marine et (le cas échéant dans les affaires graves) les directives de la Cour d'appel, ainsi que sur son expérience. La cour est invitée à examiner la peine à infliger et, s'il y a lieu, à voter à ce sujet, auquel cas il convient de suivre la tradition de l'armée : le membre le moins gradé vote le premier, suivi des autres membres de la cour et du président, par ordre croissant d'ancienneté. Le *judge advocate* fait partie de la cour et, s'il le faut, vote sur la peine en avant-dernière position, avant le président, qui dispose d'une voix prépondérante en cas de partage des voix. Cela dit, en pratique, il est d'usage que les membres des cours martiales de la marine s'efforcent de parvenir à un consensus quant à la peine qu'il convient d'appliquer en première instance. »

## 61. Le paragraphe 22 ajoute :

« Lorsqu'un officier a plaidé coupable ou a été reconnu tel, l'huissier du tribunal (à la demande du *judge advocate*) tournera la pointe de l'épée de l'accusé vers lui, comme le veut la tradition dans la marine. »

## 62. Le paragraphe 23 traite de l'annonce de la peine et de ses motifs :

« Les juges des juridictions de droit commun ont de plus en plus pour habitude d'annoncer en public les motifs justifiant la peine qu'ils ont infligée. Telle est aussi la pratique dans les cours martiales de la marine depuis quelque temps ; il s'agit désormais d'une obligation prévue par la loi. La procédure est la suivante :

a) la cour, avec l'aide et les conseils du *judge advocate*, détermine à huis clos quelle est la peine adéquate ;

(...)

c) le *judge advocate* rédige avec le président le texte d'une déclaration destinée au public énonçant les motifs pour lesquels la cour a prononcé une peine donnée. Cette

déclaration est jointe au message annonçant le résultat du procès qui est diffusé dans toute la marine.»

#### D. Statistiques

63. En 2002, l'autorité supérieure de la marine a renvoyé cent trois affaires à l'autorité de poursuite pour qu'elle décide s'il y avait lieu de poursuivre. Vingt-six de ces affaires ont été classées sans suite avant le procès.

64. Le taux d'acquiescement dans des procès où la culpabilité est contestée a été pour les cours martiales de la marine de 59 % en 2002 et, pour les *Crown Courts*, de :

- 42,8 % pour l'année finissant en mars 1999,
- 42,8 % pour l'année finissant en mars 2000,
- 44,3 % pour l'année finissant en mars 2001,
- 42 % pour l'année finissant en mars 2002,
- 37,4 % pour l'année finissant en décembre 2002.

#### EN DROIT

65. Le requérant allègue, sous l'angle de l'article 6 § 1 de la Convention, que la cour martiale qui l'a jugé, composée conformément à la loi de 1996, a manqué d'indépendance et d'impartialité, raison pour laquelle il n'a pas bénéficié d'un procès équitable. L'article 6 § 1 dispose en ses passages pertinents :

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement (...) par un tribunal indépendant et impartial (...) qui décidera (...) du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. (...) »

#### I. SUR LA RECEVABILITÉ DU GRIEF

66. Le Gouvernement plaide que le grief est manifestement dénué de fondement, sans formuler d'autre exception d'irrecevabilité.

67. Il ne prête pas à controverse que la décision interne définitive est celle rendue par la cour martiale d'appel le 20 janvier 2000. La requête ayant été introduite le 26 avril 2000, elle l'a été dans le délai de six mois fixé à l'article 34 de la Convention. De plus, la Cour considère que, compte tenu de la nature de l'accusation (coups et blessures volontaires contraires à la loi de 1861 sur les infractions contre les personnes) ainsi que de la nature et de la sévérité de la peine prononcée (trois ans d'emprisonnement), la procédure en cour martiale a porté sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale dirigée contre le requérant (*Engel et autres c. Pays-Bas*, arrêt du 8 juin 1976, série A n° 22, pp. 34-35, §§ 82-83, et, plus

récemment, *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni* [GC], nos 39665/98 et 40086/98, §§ 69-130, CEDH 2003-X).

68. La Cour estime que le grief du requérant soulève des questions de droit suffisamment sérieuses pour qu'elle ne puisse statuer à son sujet sans procéder auparavant à son examen au fond. Le grief ne se heurtant à aucun autre motif d'irrecevabilité, la Cour le déclare recevable. Conformément à sa décision d'appliquer l'article 29 § 3 de la Convention (...), elle entend étudier sur-le-champ le fond du grief.

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

### A. La jurisprudence pertinente<sup>1</sup>

(...)

70. Dans l'affaire *Cooper c. Royaume-Uni*, pour laquelle l'arrêt est prononcé à la même date que le présent arrêt, M. Cooper se plaignait également, sous l'angle de l'article 6 § 1 de la Convention, que son procès devant une cour martiale de l'armée de l'air, composée conformément à la loi de 1996, manquait d'indépendance et d'impartialité et que la procédure a par conséquent été inéquitable.

71. La Cour a rejeté son argument général selon lequel un tribunal militaire ne peut par définition connaître d'accusations pénales dirigées contre des membres de l'armée en respectant les exigences d'indépendance et d'impartialité prévues à l'article 6 § 1 de la Convention (arrêt *Cooper*, §§ 108-110).

72. La Cour a également rejeté son grief selon lequel son procès en cour martiale n'avait pas été mené avec indépendance et impartialité (*ibidem*, §§ 111-134).

Elle a jugé que les arguments de M. Cooper relatifs à l'autorité supérieure, l'autorité de poursuite et les officiers administrateurs à la cour ne mettaient aucunement en cause l'authenticité de la séparation des fonctions de poursuite, de convocation et de décision dans le cadre de la procédure en cour martiale. Elle a également constaté qu'il n'y avait aucune raison de douter de l'indépendance, tant à l'égard de la chaîne de commandement et de la hiérarchie que d'autres influences de l'armée, avec laquelle ces organes prennent leur décision (*ibidem*, § 115).

En ce qui concerne le *judge advocate*, la Cour a conclu qu'il n'y avait pas de motif de mettre en cause son indépendance dans l'armée de l'air car il s'agit d'un civil désigné par le ministre de la Justice (un civil) pour

1. *Note du greffe*: la jurisprudence est exposée dans l'arrêt *Cooper c. Royaume-Uni*, également publié dans ce recueil.

faire partie de l'équipe du *Judge Advocate General* (également un civil) puis nommé par ce dernier pour chaque procès en cour martiale. Elle a constaté que la présence d'un civil doté de telles qualifications et jouant pareil rôle central dans la procédure devant la cour martiale constituait « l'une des garanties les plus significatives » de l'indépendance de cette procédure (*ibidem*, § 117). Quant au président permanent, la Cour a non seulement conclu que celui désigné pour participer au procès de M. Cooper était indépendant, mais aussi apportait une importante contribution à l'indépendance d'un tribunal par ailleurs composé de manière *ad hoc* (*ibidem*, § 118).

Pour en venir aux membres ordinaires, la Cour a jugé qu'il n'y avait aucun motif de douter de leur indépendance, que ce soit en raison de la position et du rôle de l'officier administrateur ou de la façon dont celui-ci les désigne. Toutefois, même si le caractère *ad hoc* de leur désignation et leur grade relativement peu élevé ne suffisaient pas en eux-mêmes à porter atteinte à leur indépendance, ces facteurs font clairement apparaître la nécessité de garanties particulièrement convaincantes pour assurer que des pressions extérieures ne s'exercent pas sur ces officiers. La Cour a conclu qu'il existait des garanties suffisantes pour protéger l'indépendance des membres ordinaires de la cour martiale, notamment la présence du président permanent et du *judge advocate*, l'interdiction de faire un rapport au sujet des décisions judiciaires prises par ces membres et le document d'information qui leur est distribué (*ibidem*, §§ 119-126).

Enfin, la Cour a estimé que le rôle de l'autorité de contrôle n'avait pas compromis l'indépendance de la cour martiale, au motif que, dans la procédure, la décision définitive émane toujours d'un organe judiciaire, à savoir la cour martiale d'appel (*ibidem*, §§ 127-133).

73. Dès lors, la Cour a conclu que les doutes de M. Cooper quant à l'indépendance et à l'impartialité de la cour martiale de l'armée de l'air qui l'avait jugé, réunie conformément à la loi de 1996, n'étaient pas objectivement justifiés, que son procès devant la cour martiale ne saurait donc être tenu pour inéquitable et que, partant, il n'y avait pas eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

## **B. Application à la présente cause**

74. Le requérant soulève en l'espèce le même grief que M. Cooper, mais à propos des cours martiales de la marine. Celles-ci différant sur certains points importants des cours martiales de l'armée de l'air étudiées dans l'affaire *Cooper*, la Cour a recherché si ces distinctions étaient de nature à la conduire à rendre dans la présente affaire une conclusion différente de celle exprimée dans l'arrêt *Cooper*.

75. La première de ces distinctions se rapporte à l'autorité de poursuite de la marine: contrairement à ce qui se passe dans les autres armes, cette autorité peut désigner pour siéger en cour martiale un procureur à partir d'une liste de *barristers* de la marine en uniforme ne faisant pas partie de son personnel. Le requérant n'a pas indiqué précisément comment cela influencerait sur la conformité avec l'article 6 de la cour martiale qui l'a jugé, mais a noté que des procureurs *ad hoc* siègent dans les cours martiales de la marine. Le Gouvernement souligne que, dans la grande majorité des cours martiales de la marine, le procureur est en fait choisi parmi les membres de l'autorité de poursuite, comme cela a été le cas pour le requérant (paragraphe 12 ci-dessus). En toute hypothèse, il considère que la désignation d'un procureur extérieur à l'autorité de poursuite n'a pas d'incidence sur l'indépendance de la procédure en cour martiale.

76. Selon la Cour, le point essentiel est que le procureur qui a été désigné dans le cas du requérant appartenait au personnel de l'autorité de poursuite, comme à l'occasion du procès en cour martiale de M. Cooper.

77. Deuxièmement, le NCAO (qui remplit les mêmes fonctions que l'officier administrateur dans l'armée de l'air) est un civil et non un officier en activité comme dans l'armée de l'air. Le requérant ne s'est pas exprimé à ce sujet. Le Gouvernement considère quant à lui que le fait que le NCAO soit en dehors de la chaîne disciplinaire de la marine constitue une garantie supplémentaire quant à l'indépendance de la procédure en cour martiale dans la marine. Quoi qu'il en soit, le NCAO exerce ses fonctions de manière indépendante, tout comme l'officier administrateur dans l'armée de l'air.

78. Pour la Cour, il va de soi que la participation d'un civil à la procédure en cour martiale contribue à l'indépendance et à l'impartialité de celle-ci. En tout cas, le NCAO remplit des tâches et fonctions suffisamment similaires à celles de l'officier administrateur dans l'armée de l'air pour permettre de conclure qu'il est indépendant de l'autorité supérieure et de l'autorité de poursuite comme à l'égard de la chaîne de commandement, de la hiérarchie et d'autres influences de l'armée (arrêt *Cooper*, §§ 114-115).

79. Troisièmement, il n'existe qu'un type de cour martiale dans la marine, alors que l'armée de l'air peut convoquer des cours martiales générales et des cours martiales de district. Les parties ne donnent pas à entendre que le fait que la marine ne puisse réunir qu'un seul type de cour martiale ait la moindre influence sur l'indépendance et l'impartialité de ces juridictions. La Cour ne le pense pas non plus.

80. Quatrièmement, le poste de président permanent n'existe pas dans la marine, le président d'une cour martiale de la marine étant désigné chaque fois qu'une cour martiale doit se réunir. Le requérant signale que, dans ces conditions, tous les membres de la cour martiale



sont nommés *ad hoc*. Le Gouvernement explique que, les procès en cour martiale étant moins nombreux dans la marine, un groupe d'officiers ayant pour seule tâche d'assurer la présidence permanente n'a pas lieu d'exister. Il estime que le système de cours martiales dans la marine est conforme à l'article 6 § 1 même sans la présence de présidents permanents.

81. La Cour est d'avis que l'absence d'un président permanent, qui n'a pas à espérer de promotion ni à craindre le renvoi et n'est pas soumis à des rapports quant aux décisions judiciaires qu'il prend (arrêt *Cooper*, § 118), prive les cours martiales de la marine d'un poste qui a été considéré, dans le cadre de l'armée de l'air, comme contribuant dans une mesure importante à l'indépendance d'un tribunal par ailleurs composé de manière *ad hoc*.

82. Cinquièmement – c'est là le plus notable – le *judge advocate* siégeant en cour martiale de la marine est un officier de la marine en activité qui, lorsqu'il ne siège pas en cour martiale, accomplit des tâches courantes dans cette arme; dans l'armée de l'air, par contre, le *judge advocate* est un civil travaillant à plein temps dans l'équipe du *Judge Advocate General*, lui-même un civil.

83. Le requérant considère que cette distinction est en elle-même suffisante pour permettre de conclure que les cours martiales de la marine manquent d'indépendance. Il est selon lui inévitable que les commentaires formulés par le *Judge Advocate of the Fleet* sur la manière dont le *judge advocate* dirige la cour martiale soient pris en compte dans l'évaluation générale de cet officier en vue de sa promotion dans l'armée. Qu'il y ait eu ou non à l'époque une règle excluant de faire un rapport à l'armée quant aux décisions de nature judiciaire prises par le *judge advocate*, il lui paraît irréaliste de croire que l'armée établirait vraiment une distinction entre les fonctions judiciaires et les autres fonctions militaires de celui-ci. Le *Chief Naval Judge Advocate*, qui désigne le *judge advocate*, est nommé par l'armée. Le *Judge Advocate of the Fleet* ne nomme pas lui-même le *judge advocate* et ne participe pas activement au procès en cour martiale, son rôle consistant essentiellement à faire un rapport sur le procès à l'autorité de contrôle.

84. Le Gouvernement affirme qu'un *judge advocate* militaire constitue tout autant une garantie que le *judge advocate* civil siégeant dans les cours martiales de l'armée de l'air, notamment pour les raisons suivantes: le *judge advocate* n'est breveté qu'avec l'accord du *Judge Advocate of the Fleet* (un juge civil) et ne peut être révoqué que par ce dernier, et ce pour les mêmes motifs qu'un juge civil; il ne rend compte qu'au *Judge Advocate of the Fleet* pour ce qui est de l'exécution de ses fonctions de *judge advocate*; il ne reçoit aucune rémunération supplémentaire pour exercer cette tâche et la manière dont il s'en acquitte n'a aucune influence sur sa solde et sa promotion; le *judge advocate* ayant pris part au procès du requérant n'a

fait l'objet d'aucun rapport sur la manière dont il avait rempli ses fonctions (pratique désormais inscrite au paragraphe 3630 du décret royal) et les commentaires éventuels du *Judge Advocate of the Fleet* au *Chief Naval Judge Advocate* n'ont aucune incidence sur la carrière des *judge advocates* dans la marine, et ne doivent pas en avoir; un *judge advocate* est nommé tout d'abord par un processus appelé «délivrance du brevet» puis désigné pour siéger au sein d'une cour martiale donnée par rotation, à condition de ne pas être exclu en vertu de l'article 53C4) de la loi de 1957 ou de l'article 15 du règlement de 1997; il existe une inamovibilité de fait puisqu'un *judge advocate* breveté le reste indéfiniment; un *judge advocate* prête un serment particulier; il siège à part des membres ordinaires de la cour martiale et son seul contact avec eux (en dehors des délibérations sur la peine) intervient en audience publique; enfin, le *Judge Advocate of the Fleet* contrôle le procès en cour martiale comme le font aussi l'autorité de contrôle et la cour martiale d'appel.

85. La Cour constate que, comme dans l'armée de l'air, le *judge advocate* de la marine joue un rôle central dans un procès en cour martiale, mais que, contrairement à son homologue de l'armée de l'air, il s'agit d'un officier de la marine en activité qui occupe un poste pouvant être ou non à caractère juridique et qui, bien que «breveté» pour une durée indéterminée, ne siège en cour martiale qu'occasionnellement. Quant aux fonctions du *Judge Advocate of the Fleet*, un civil, invoquées par le Gouvernement, la Cour observe que le *Judge Advocate of the Fleet* ne participe pas activement au procès devant les cours martiales de la marine, son rôle consistant principalement à faire un rapport à l'autorité de contrôle sur le procès. En outre, ce n'est pas le *Judge Advocate of the Fleet*, mais le *Chief Naval Judge Advocate* (un officier de la marine) qui décide de la délivrance initiale du brevet de *judge advocate* (avec l'accord du *Judge Advocate of the Fleet* il est vrai).

86. De plus, la Cour marque sa préoccupation devant certaines pratiques en vigueur à l'époque des faits en ce qui concerne les rapports établis au sujet des *judge advocates*. Le *Judge Advocate of the Fleet* pouvait transmettre au *Chief Naval Judge Advocate* des commentaires sur la manière dont un *judge advocate* avait rempli sa tâche en cour martiale (paragraphe 32 ci-dessus). Le *Chief Naval Judge Advocate* n'avait peut-être aucune influence sur les promotions, mais il demeurait un officier supérieur en activité dont l'une des principales fonctions consistait à désigner des officiers ayant une formation juridique à des postes juridiques dans l'armée et qui rendait compte à cet égard devant l'amiral responsable du personnel. En outre, à l'époque considérée, le rapport établi par le *Judge Advocate of the Fleet* sur les activités judiciaires d'un *judge advocate* pouvait être transmis au supérieur hiérarchique de celui-ci. Même si cela ne s'est peut-être pas réellement produit en l'espèce, le *judge advocate* a pris ses fonctions au sein de la cour martiale qui a jugé le

requérant alors que la manière dont il s'en acquittait pendant le procès pouvait en principe faire l'objet d'un rapport à l'intention de l'officier évaluant ses compétences. Or le Gouvernement n'a pas fait valoir que le paragraphe 3630 du décret royal était en vigueur à l'époque où le requérant a été jugé en cour martiale (paragraphe 32 ci-dessus).

87. Dès lors, la Cour estime que, même si le *judge advocate* de la marine désigné pour prendre part au procès du requérant en cour martiale peut passer pour avoir agi avec indépendance en dépit des considérations exposées au paragraphe précédent quant à la procédure de rapport, on ne saurait dire que le rôle du *judge advocate* de la marine constitue une garantie solide de nature à protéger l'indépendance des cours martiales de la marine.

88. De surcroît, la Cour n'est pas convaincue par les arguments avancés par le Gouvernement pour expliquer que la marine préfère désigner un officier en activité au poste de *judge advocate* alors que le *Judge Advocate General* et les *judge advocates* qui participent aux procès en cour martiale dans l'armée de l'air sont des civils.

Le Gouvernement invoque en premier lieu le nombre relativement faible des procès en cour martiale qui se tiennent dans la marine. Toutefois, la Cour estime qu'il faudrait dans ce cas simplement nommer moins de *judge advocates* de la marine. Le Gouvernement arguë également de la connaissance qu'aurait un officier de la marine britannique du langage, des coutumes et de l'environnement propres à celle-ci. Or, la fonction essentielle du *judge advocate* consistant à veiller à la légalité et à l'équité du procès et à instruire la cour sur les points de droit, on voit mal comment une connaissance détaillée du mode de vie et du langage de la marine serait nécessaire, surtout lorsque, comme en l'espèce, l'intéressé était accusé d'une infraction pénale ordinaire, à savoir coups et blessures volontaires. En tout état de cause, la Cour n'est pas persuadée qu'un *judge advocate* civil aurait plus de difficulté à comprendre le langage et les coutumes de la marine qu'un juge du fond en aurait à suivre des témoignages d'experts complexes dans une affaire civile.

Le Gouvernement invoque ensuite la nécessité où se trouvent les cours martiales de la marine de se montrer « souples » et « portables » en raison de la nature spécialement mobile de la marine. Selon lui, il serait donc préférable que les *judge advocates* appartiennent à la marine car ils auraient ainsi plus facilement accès à la zone en question et seraient mieux préparés aux difficultés et dangers que présente le travail en mer. Cependant, ces arguments ne paraissent pas pertinents à la Cour étant donné que, comme le Gouvernement l'a précisé (en réponse à des questions posées à l'audience), les procès devant les cours martiales de la marine se tiennent depuis 1986 dans deux centres situés à terre (Portsmouth et Plymouth), et ce quelle que soit la partie du monde où l'infraction alléguée a pu se produire.

89. En conséquence, le fait que le rôle central de *judge advocate* ne soit pas tenu par un civil prive les cours martiales de la marine de l'une des garanties les plus significatives d'indépendance dont jouissent les cours martiales dans les autres armes (les systèmes de cours martiales dans l'armée de terre et dans l'armée de l'air étant pour tous les aspects pertinents ici identiques – arrêt *Cooper*, § 107); les explications fournies par le Gouvernement ne sont pas convaincantes.

90. Sixièmement, enfin, la Cour considère que le document d'information envoyé aux membres des cours martiales de la marine est beaucoup moins précis et clair que celui établi par l'unité administrative des cours martiales de la RAF, présenté en détail dans l'arrêt *Cooper* précité (§§ 45-62). La Cour est d'avis que ce document contribue donc moins efficacement à assurer l'indépendance des membres ordinaires des cours martiales par rapport à des influences extérieures déplacées.

91. Dès lors, la Cour juge que les différences existant entre le système de cours martiales de l'armée de l'air étudié dans l'affaire *Cooper* et celui en vigueur dans la marine, en cause en l'espèce, sont telles que les doutes du requérant quant à l'indépendance et à l'impartialité de la cour martiale de la marine qui l'a jugé, réunie conformément à la loi de 1996, peuvent passer pour objectivement justifiés. Son procès en cour martiale a donc manqué d'équité (voir, par exemple, *Smith et Ford c. Royaume-Uni*, n<sup>os</sup> 37475/97 et 39036/97, § 25, 29 septembre 1999, et *Moore et Gordon c. Royaume-Uni*, n<sup>os</sup> 36529/97 et 37393/97, § 24, 29 septembre 1999).

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

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

92. 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. »

93. Le requérant ne formule aucune demande au titre du dommage matériel ou moral et la Cour n'aperçoit aucune raison d'allouer une somme à ce titre.

#### A. Frais et dépens

94. Le requérant sollicite le remboursement de ses frais et dépens. Il réclame au total 21 100 livres sterling (GBP) pour la présente affaire et l'affaire *Cooper* (le même avocat ayant représenté les requérants dans ces deux affaires). Il affirme que ce montant correspond à 134 heures de travail, à raison de 150 GBP l'heure, ainsi qu'à certains frais de voyage et

d'hébergement encourus pour assister à l'audience qui s'est tenue dans ces affaires.

95. Le Gouvernement constate que le requérant a soumis peu de renseignements sur sa demande et de documents à l'appui. Il ne pense pas que ces frais, même s'ils ont été réellement exposés, étaient nécessaires ou d'un montant raisonnable. Il lui paraît que la Cour ne devrait pas octroyer plus de 5 000 GBP pour frais et dépens.

96. La Cour rappelle qu'au titre de l'article 41 de la Convention elle rembourse les frais dont il est établi qu'ils ont été réellement et nécessairement exposés et sont d'un montant raisonnable (voir, entre autres, *Smith et Grady c. Royaume-Uni* (satisfaction équitable), nos 33985/96 et 33986/96, § 28, CEDH 2000-IX).

97. Ayant conclu en l'espèce à la violation de l'article 6 § 1, elle juge approprié d'octroyer une somme en remboursement des frais et dépens raisonnablement exposés par le requérant.

Elle observe, d'une part, que le requérant cite de manière générale divers aspects du travail juridique effectué sans indiquer du tout combien de temps a été consacré à chacun d'entre eux. Elle ne dispose pas non plus de la moindre précision quant à la répartition du travail juridique entre la présente cause et l'affaire *Cooper*, alors que la demande a trait à ces deux affaires. Il existe selon elle un large recoupement entre ces deux affaires apparentées. De plus, le requérant ne spécifie pas si les sommes réclamées incluent ou non la taxe sur la valeur ajoutée. D'autre part, la présente affaire a demandé un examen en Grande Chambre ainsi qu'une audience (commune avec l'affaire *Cooper*), qui a porté sur la recevabilité et le fond du grief formulé par le requérant.

98. Statuant en équité, la Cour alloue la somme de 8 000 euros au titre des frais et dépens (somme à convertir en livres sterling au taux applicable à la date du règlement et comprenant tout montant pouvant être dû au titre de la taxe sur la valeur ajoutée) moins le montant devant être versé par le Conseil de l'Europe par la voie de l'assistance judiciaire.

## **B. Intérêts moratoires**

99. La Cour juge approprié de calquer le taux des intérêts moratoires sur le taux d'intérêt de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne majoré de trois points de pourcentage.

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

1. *Déclare* la requête recevable;
2. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention;

3. *Dit*

a) que l'Etat défendeur doit verser au requérant, dans les trois mois, 8 000 EUR (huit mille euros) pour frais et dépens (montant à convertir en livres sterling au taux applicable à la date du règlement et incluant toute somme pouvant être due au titre de la taxe sur la valeur ajoutée) moins le montant devant être versé par le Conseil de l'Europe par la voie de l'assistance judiciaire;

b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ce montant sera à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage;

4. *Rejette* la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des Droits de l'Homme, à Strasbourg, le 16 décembre 2003.

Luzius WILDHABER  
Président

Paul MAHONEY  
Greffier

PALAU-MARTINEZ c. FRANCE  
(Requête n° 64927/01)

DEUXIÈME SECTION

ARRÊT DU 16 DÉCEMBRE 2003<sup>1</sup>

---

1. Texte français original.





SOMMAIRE<sup>1</sup>**Attribution de la garde d'enfants refusée à une mère en raison de sa religion****Article 8 combiné avec l'article 14**

*Discrimination – Religion – Vie familiale – Attribution de la garde d'enfants refusée à une mère en raison de sa religion – Témoin de Jéhovah – Protection de l'intérêt des enfants – Justification objective et raisonnable – Proportionnalité – Motifs pertinents et non suffisants – Absence d'enquête sur les conditions de vie des enfants*

\*  
\* \*

La requérante obtint le divorce après le départ de son mari du domicile conjugal. Le juge de première instance fixa chez la mère la résidence des deux enfants mineurs, le père bénéficiant d'un droit de visite et d'hébergement. Ce dernier entreprit de garder les enfants auprès de lui et les inscrivit dans une école du lieu de son domicile. La cour d'appel décida de fixer la résidence des enfants au domicile du père et accorda à la mère un droit de visite et d'hébergement après avoir rejeté sa demande d'enquête sociale. Relevant que la requérante appartenait aux témoins de Jéhovah et que ses enfants recevaient une éducation conforme aux pratiques de cette religion, la cour estima que les règles éducatives imposées par les témoins de Jéhovah aux enfants de leurs adeptes étaient critiquables en raison de leur dureté, de leur intolérance et des obligations imposées aux enfants de pratiquer le prosélytisme et décida que l'intérêt des enfants était d'échapper aux contraintes et interdits imposés par une religion structurée comme une secte. La requérante forma sans succès un pourvoi en cassation.

Article 8 combiné avec l'article 14: la fixation de la résidence des enfants chez le père intervint alors que les enfants vivaient avec leur mère depuis trois ans et demi, ce qui fait que l'arrêt qui l'a décidée s'analyse en une atteinte au droit de la requérante au respect de sa vie familiale, et ne peut être considéré comme une simple intervention du juge nécessaire dans tout divorce, comme le soutient le Gouvernement. Examinant les conditions dans lesquelles la requérante et son ex-époux élevaient respectivement leurs enfants, la cour d'appel a opéré entre les parents une différence de traitement reposant sur la religion de la requérante, au nom d'une critique sévère des principes d'éducation qui seraient imposés par cette religion. Le but poursuivi, protéger l'intérêt des enfants, était légitime. Reste à déterminer s'il y avait un rapport raisonnable de proportionnalité entre ce but et les moyens employés, soit la fixation de la résidence des enfants au domicile de leur père. L'arrêt critiqué n'énonce que des généralités relatives aux témoins de

---

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

Jéhovah. Il n'apporte aucun élément concret et direct démontrant l'influence de la religion de la requérante sur l'éducation et la vie quotidienne de ses enfants. De plus, la cour n'a pas accédé à la demande de l'intéressée de faire procéder à une enquête sociale, pratique courante en matière de garde d'enfants ; or celle-ci aurait sans doute permis de réunir des éléments concrets sur la vie des enfants avec l'un et l'autre de leurs parents, et sur les incidences éventuelles de la pratique religieuse de leur mère sur leur vie et sur leur éducation pendant les années où ils avaient vécu avec elle après le départ de leur père. En bref, la cour s'est prononcée *in abstracto* et en fonction de considérations de caractère général, sans établir de lien entre les conditions de vie des enfants auprès de leur mère et leur intérêt réel. Cette motivation, bien que pertinente, n'est pas « suffisante ». Partant, il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

*Conclusion* : violation (six voix contre une).

La Cour dit, à l'unanimité, qu'il ne s'impose pas de statuer sur la violation de l'article 8 pris isolément ni d'examiner séparément les articles 6 § 1 et 9.

Article 41 : la Cour alloue des sommes au titre du préjudice moral et pour frais et dépens.

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

*Darby c. Suède*, arrêt du 23 octobre 1990, série A n° 187

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

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

*Van Raalte c. Pays-Bas*, arrêt du 21 février 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-I

*Camp et Bourimi c. Pays-Bas*, n° 28369/95, CEDH 2000-X

**En l'affaire Palau-Martinez c. France,**

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

MM. A.B. BAKA, *président*,  
J.-P. COSTA,  
GAUKUR JÖRUNDSSON,  
K. JUNGWIERT,  
V. BUTKEVYCH,

M<sup>me</sup> W. THOMASSEN,  
M. M. UGREKHELIDZE, *juges*,

et de M. T.L. EARLY, *greffier adjoint de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 4 mars et  
25 novembre 2003,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 64927/01) dirigée contre la République française et dont une ressortissante de cet Etat, M<sup>me</sup> Séraphine Palau-Martinez (« la requérante »), a saisi la Cour le 20 décembre 2000 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 par M<sup>e</sup> P. Goni, avocat au barreau de Paris. Le gouvernement français (« le Gouvernement ») est représenté par son agent, M. R. Abraham, directeur des affaires juridiques au ministère des Affaires étrangères.

3. La requérante alléguait que la fixation de la résidence de ses deux enfants mineurs chez leur père par les juridictions françaises portait atteinte à sa vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention et était discriminatoire au sens des articles 8 et 14 combinés. Elle se plaignait également de l'atteinte discriminatoire portée à sa liberté religieuse au sens de l'article 9 de la Convention pris isolément et combiné avec l'article 14 et de ne pas avoir bénéficié d'un procès équitable au sens de l'article 6 § 1 de la Convention.

4. La requête a été attribuée à la deuxième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement). 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 4 mars 2003, la chambre a déclaré la requête recevable.

6. 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

7. La requérante est une ressortissante française, née en 1963 et résidant à Alcira, près de Valencia (Espagne).

8. Elle se maria en janvier 1983. De cette union naquirent deux enfants en 1984 et 1989.

9. En août ou septembre 1994, le mari de la requérante quitta le domicile conjugal pour s'installer avec sa maîtresse. En décembre 1994, la requérante forma une demande de divorce.

10. Par un jugement du 5 septembre 1996, le tribunal de grande instance de Nîmes se prononça sur la demande de divorce. Il releva tout d'abord qu'à la lecture des documents produits il n'était pas établi que l'appartenance de l'intéressée aux témoins de Jéhovah ait été la cause de la rupture du couple, mais qu'il était attesté que son mari avait quitté le foyer familial pour vivre avec sa maîtresse, empêchant par ailleurs la requérante de travailler dans la pizzeria qu'ils exploitaient. Il prononça donc le divorce aux torts exclusifs du mari.

11. Pour ce qui est des enfants, le tribunal fixa leur résidence chez la mère en Espagne, l'autorité parentale étant conjointement exercée. Le père bénéficiait d'un droit de visite et d'hébergement s'exerçant librement et, en cas de désaccord, pendant l'intégralité des vacances scolaires des enfants, à charge pour lui d'aller les chercher et de les raccompagner au domicile de leur mère. Il fixa le montant de la contribution alimentaire du père à 1 500 francs français (FRF) par mois et par enfant.

12. Le 21 novembre 1996, la requérante fit appel de ce jugement. Elle demandait à pouvoir bénéficier d'un mois de vacances avec ses enfants l'été et d'une semaine pendant les vacances de Noël et de Pâques. Elle renouvelait par ailleurs sa demande de prestation compensatoire. Dans des conclusions en réplique, la requérante se plaignait de ce que son ex-mari ne lui avait pas ramené les enfants à la fin des vacances d'été de 1997 et les avait inscrits dans une école à Aigues-Mortes où il habitait avec sa nouvelle compagne. Elle soutenait que leur père avait conditionné les enfants pour qu'ils déclarent souhaiter vivre avec lui, et elle produisait des attestations et photographies visant à démontrer qu'elle élevait ses enfants avec beaucoup de soin et qu'ils pouvaient exercer librement toutes les activités qui leur plaisaient. Elle demandait qu'une enquête sociale soit diligentée.

13. Par un arrêt du 14 janvier 1998, la cour d'appel de Nîmes statua. Elle confirma le jugement concernant le prononcé du divorce et alloua à la requérante une prestation compensatoire de 1 500 FRF par mois pendant trois ans. Pour ce qui est de la résidence des enfants, la cour releva :

« que les deux enfants mineurs C. âgé de treize ans et M. âgé de huit ans résident actuellement auprès de leur père à Aigues-Mortes où ils poursuivent leur scolarité ;

(...) qu'il s'agit là d'une situation de fait instaurée par le père qui contrairement aux dispositions du jugement déféré n'a pas ramené les enfants au domicile de la mère à la fin des vacances d'été ;

(...) que pour justifier son attitude, R. soutient qu'il a agi dans l'intérêt des enfants afin de soustraire ceux-ci à l'influence néfaste de la mère et de son entourage qui les contraignent à pratiquer la religion dite « des Témoins de Jéhovah » ;

Que par ailleurs R. produit une lettre de l'enfant C. faisant état de son désir de demeurer auprès de son père ainsi qu'un certificat médical établi par le Docteur D., médecin psychiatre, le 7 janvier 1997, qui atteste que l'enfant C. « vit les interdits de sa mère *via* les Témoins de Jéhovah comme douloureux et frustrants et que l'enfant M. souffre des contraintes religieuses qui lui sont imposées et exprimait déjà au début de l'année 1997 son désir de vivre à Aigues-Mortes avec son père » ;

Qu'enfin, de nombreux autres témoignages versés aux débats font état du désir exprimé des enfants de ne pas retourner en Espagne ;

Attendu que Séraphine Palau-Martinez ne dénie pas son appartenance aux Témoins de Jéhovah pas plus que le fait que les deux enfants recevaient auprès d'elle une éducation conforme aux pratiques de cette religion ;

Qu'elle produit certes de nombreuses attestations faisant état de l'affection qu'elle porte à ses enfants et du bien-être qu'elle leur assure, et verse aux débats des photographies de groupes où figurent, heureux, ses enfants ;

Que cependant l'ensemble des documents produits n'est pas en contradiction avec l'argumentation de R. qui ne prétend pas démentir les qualités maternelles de la mère, se bornant à critiquer l'éducation dirigée dont les enfants sont l'objet en raison des convictions religieuses de leur mère ;

Attendu que les règles éducatives imposées par les Témoins de Jéhovah aux enfants de leurs adeptes sont essentiellement critiquables en raison de leur dureté, de leur intolérance et des obligations imposées aux enfants de pratiquer le prosélytisme ;

Attendu que l'intérêt des enfants est d'échapper aux contraintes et interdits imposés par une religion structurée comme une secte ;

Attendu qu'il n'y a pas lieu de faire procéder à une enquête sociale qui, en l'état, ne pourrait que perturber les enfants ;

Attendu qu'au vu des éléments ci-dessus analysés, la cour estime que contrairement à ce qu'a décidé le premier juge, il convient de fixer la résidence des deux enfants mineurs au domicile de leur père, l'autorité parentale demeurant conjointement exercée ;

Attendu que Séraphine Palau-Martinez bénéficiera d'un droit de visite et d'hébergement libre et à défaut de tout accord :

- pendant la totalité des vacances de février et de la Toussaint,
- pendant un mois durant les vacances d'été,
- pendant la moitié des vacances de Pâques et de Noël à charge pour la mère de venir chercher les enfants au domicile du père et à charge pour ce dernier d'aller les rechercher au domicile de la mère ; (...)

14. La requérante forma un pourvoi en cassation contre cet arrêt. Elle se plaignait notamment de ce que la cour d'appel avait infirmé le jugement de première instance au motif central que les règles éducatives imposées par les témoins de Jéhovah aux enfants de leurs adeptes étaient essentiellement critiquables en raison de leur dureté, de leur intolérance et des obligations imposées aux enfants de pratiquer le prosélytisme, se contentant ainsi d'un motif général et abstrait et omettant de rechercher si en fait, concrètement, l'éducation des enfants était perturbée au point de justifier le changement de leur résidence. Elle estimait que ce jugement de valeur sur la façon de vivre sa religion prise *in abstracto* ne pouvait justifier la solution retenue. Elle ajoutait que c'était de manière aussi abstraite que la cour énonçait que l'intérêt des enfants était d'échapper aux contraintes et interdits imposés par une religion structurée comme une secte. Elle se plaignait également de ce que la cour d'appel avait refusé de faire droit à sa demande d'enquête sociale. Se référant à la liberté de conscience et de religion et aux règles d'un procès équitable, elle invoquait les articles 9 et 6 de la Convention.

15. La Cour de cassation rendit son arrêt le 13 juillet 2000. Après avoir rappelé les motifs de l'arrêt de la cour d'appel, elle se prononça comme suit :

« Il ressort de ces constatations et énonciations que la cour d'appel, qui a répondu aux conclusions sans se contredire, qui n'avait pas l'obligation d'ordonner une enquête sociale et qui n'a pas porté atteinte à la liberté de conscience de M<sup>me</sup> Palau-Martinez a, par une appréciation souveraine des éléments de preuve, estimé que l'intérêt des enfants imposait de fixer leur résidence habituelle chez leur père; (...) »

## II. LE DROIT INTERNE PERTINENT

16. Les articles pertinents du code civil se lisent comme suit :

### **Article 287**

(tel qu'en vigueur à l'époque des faits)

« L'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents. Le juge désigne, à défaut d'accord amiable ou si cet accord lui apparaît contraire à l'intérêt de l'enfant, le parent chez lequel les enfants ont leur résidence habituelle.

Si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'autorité parentale à l'un des deux parents.

Les parents peuvent, de leur propre initiative ou à la demande du juge, présenter leurs observations sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale. »

### **Article 287-2**

(tel qu'en vigueur à l'époque des faits)

« Avant toute décision, provisoire ou définitive, fixant les modalités de l'exercice de l'autorité parentale et du droit de visite ou confiant les enfants à un tiers, le juge peut

donner mission à toute personne qualifiée d'effectuer une enquête sociale. Celle-ci a pour but de recueillir des renseignements sur la situation matérielle et morale de la famille, sur les conditions dans lesquelles vivent et sont élevés les enfants et sur les mesures qu'il y a lieu de prendre dans leur intérêt.

Si l'un des époux conteste les conclusions de l'enquête sociale, il peut demander une contre-enquête.

L'enquête sociale ne peut être utilisée dans le débat sur la cause du divorce.»

## EN DROIT

### I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION, PRIS ISOLÉMENT ET COMBINÉ AVEC L'ARTICLE 14

17. La requérante se plaint en premier lieu de ce que la fixation de la résidence de ses enfants chez leur père a porté atteinte à son droit au respect de sa vie privée et familiale, et ce de manière discriminatoire. Elle invoque les articles 8 et 14 de la Convention qui, dans leurs parties pertinentes, se lisent respectivement :

#### 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.»

#### Article 14

«La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.»

### A. Sur la violation alléguée de l'article 8 combiné avec l'article 14

18. La requérante se réfère à l'affaire *Hoffmann c. Autriche* (arrêt du 23 juin 1993, série A n° 255-C). Elle estime que le même raisonnement doit s'appliquer et que le fait qu'on lui retire la garde de ses deux enfants qu'elle assumait depuis deux ans doit être regardé comme une ingérence dans son droit au respect de sa vie familiale.

19. Elle souligne que, pour justifier l'ingérence, le Gouvernement se fonde presque exclusivement sur les affirmations de son ex-mari, les

témoignages de ses proches, l'avis d'un psychiatre consulté par lui seul et l'avis des enfants qui est nécessairement dépendant du contexte dans lequel il est recueilli.

20. La requérante affirme encore que la cour d'appel de Nîmes, ayant refusé d'ordonner une enquête sociale, a apprécié *in abstracto* la situation et a rendu un arrêt de stigmatisation sociale fondé essentiellement et de façon déterminante sur son appartenance religieuse. Elle soutient également que l'utilisation des seuls moyens de preuve fournis par son ex-mari n'est qu'un prétexte au jugement de valeur contre les convictions des témoins de Jéhovah dans le domaine familial, la véritable motivation des juges nationaux étant l'appartenance religieuse de la requérante.

21. L'intéressée s'estime fondée à se prévaloir d'une grave ingérence dans ses droits et devoirs de mère, d'une part, en raison de ce qu'elle a fait l'objet d'une décision basée sur des motifs discriminatoires et, d'autre part, en raison de la désignation de la résidence du père comme résidence habituelle des enfants malgré l'attitude de ce dernier. Elle souligne qu'il s'était rendu coupable d'un abandon de famille et qu'il avait, par la suite, refusé de reconduire les enfants au domicile de leur mère en violation d'un jugement du juge aux affaires familiales.

22. Elle récuse ensuite l'affirmation selon laquelle l'intérêt des enfants aurait fait l'objet d'un examen scrupuleux et dénie, dès lors, toute justification à cette ingérence. La requérante estime, en effet, que la cour d'appel s'est fondée sur des avis erronés et non contradictoires, a déséquilibré la procédure en refusant d'ordonner une expertise psychologique et a justifié, de manière discriminatoire, son arrêt du 14 janvier 1998 par son appartenance religieuse.

23. Le Gouvernement ne conteste pas que le grief de la requérante entre dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention.

Il est d'avis toutefois que, dans le cadre d'un divorce, « l'intervention » du juge était nécessaire, mais qu'elle ne saurait être considérée comme une « ingérence » au sens de l'article 8 § 2.

Si, toutefois, il devait être considéré qu'il y a eu ingérence dans les droits de la requérante, le Gouvernement observe qu'elle était prévue par la loi, en l'occurrence le code civil, répondait à un but légitime, l'intérêt des enfants, et était proportionnée puisque l'intérêt des enfants peut, et doit parfois, primer sur celui des parents.

24. Le Gouvernement soutient que les juges internes ont pu légitimement estimer, à partir d'éléments objectifs et après avoir recueilli l'avis des enfants, que l'éducation imposée par leur mère obligeait ceux-ci à respecter des contraintes peu compatibles avec une éducation équilibrée, les astreignant notamment à pratiquer le prosélytisme.

25. Il considère par ailleurs que les conditions d'application de l'article 14 de la Convention ne sont pas réunies.



Il estime que la requérante et son ex-mari se trouvent dans des situations analogues, pouvant, tous les deux, obtenir que la résidence des enfants soit fixée à leur domicile respectif.

26. Il expose encore que dans la présente affaire, à la différence de la situation stigmatisée par la Cour dans l'affaire *Hoffmann* précitée, ce sont bien les conséquences d'une pratique religieuse sur la santé et l'équilibre des enfants qui ont été prises en compte, et non le seul fait de l'appartenance de la requérante aux témoins de Jéhovah.

27. Le Gouvernement admet que l'arrêt de la cour d'appel dénonce en des termes généraux les conséquences des préceptes éducatifs des témoins de Jéhovah, mais affirme que la seule appartenance religieuse de la requérante n'est pas le fondement de cette décision. Selon le Gouvernement, les motifs de l'arrêt de la cour d'appel, qui a caractérisé les préjudices subis par les enfants, résident dans les inconvénients déjà subis par ceux-ci dans la mesure où le certificat médical souligne l'existence de certaines frustrations dues à la religion imposée par la mère, aucun certificat médical contraire ne venant infirmer l'avis du médecin psychiatre. En outre, l'arrêt mentionne le fait que la requérante emmène avec elle ses enfants lorsqu'elle tente de répandre sa foi, ainsi que de nombreux témoignages faisant état du désir des enfants de vivre avec leur père. Le Gouvernement estime dès lors que la cour d'appel a statué *in concreto* et a justifié objectivement et raisonnablement sa décision.

28. Subsidiairement, le Gouvernement considère qu'une éventuelle distinction opérée à l'égard de la requérante, en raison de ses convictions religieuses, est proportionnée et justifiée de façon objective et raisonnable par l'intérêt supérieur des enfants, que les juges nationaux ont apprécié concrètement au vu d'éléments objectifs.

29. La Cour rappelle que l'article 14 de la Convention complète les autres clauses normatives de la Convention et des Protocoles. Il n'a pas d'existence indépendante, puisqu'il vaut uniquement pour « la jouissance des droits et libertés » qu'elles garantissent. Certes, il peut entrer en jeu même sans un manquement à leurs exigences et, dans cette mesure, il possède une portée autonome, mais il ne saurait trouver à s'appliquer si les faits du litige ne tombent pas sous l'empire de l'une au moins desdites clauses (voir, parmi beaucoup d'autres, les arrêts *Van Raalte c. Pays-Bas*, 21 février 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-I, p. 184, § 33, et *Camp et Bourimi c. Pays-Bas*, n° 28369/95, § 34, CEDH 2000-X).

30. La Cour note d'emblée qu'en l'espèce les deux enfants vivaient avec leur mère depuis presque trois ans et demi – depuis le départ de leur père du domicile familial – lorsque l'arrêt de la cour d'appel de Nîmes fixa leur résidence au domicile de leur père. Dès lors, la Cour considère que l'arrêt ainsi rendu s'analyse en une atteinte au droit de la requérante au respect de sa vie familiale et ne peut être considéré comme une simple

« intervention » du juge nécessaire dans tout divorce, comme le soutient le Gouvernement. La cause relève donc de l'article 8 de la Convention (*Hoffmann* précité, p. 58, § 29).

31. Par ailleurs, au sens de l'article 14, une distinction est discriminatoire si elle « manque de justification objective et raisonnable », c'est-à-dire si elle ne poursuit pas « un but légitime » ou s'il n'y a pas de « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ». En outre, 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 (arrêts *Karlheinz Schmidt c. Allemagne*, 18 juillet 1994, série A n° 291-B, pp. 32-33, § 24, et *Camp et Bourimi*, précité, § 37).

32. La Cour se doit donc d'examiner tout d'abord si la requérante peut se plaindre d'une telle distinction de traitement.

33. Pour infirmer le jugement rendu en première instance et fixer la résidence des enfants au domicile de leur père, la cour d'appel s'est prononcée sur les conditions dans lesquelles l'intéressée et son ex-époux élevaient respectivement leurs enfants.

34. Pour ce faire, elle disposait, d'une part, d'une lettre écrite par l'un des enfants, produite par le père, dans laquelle l'enfant « faisait état de son désir de demeurer auprès de son père », et d'un certificat médical d'un psychiatre, établi en janvier 1997, indiquant que l'enfant C. « vit les interdits de sa mère *via* les Témoins de Jéhovah comme douloureux et frustrants et que l'enfant M. souffre des contraintes religieuses qui lui sont imposées et exprimait déjà au début de l'année 1997 son désir de vivre à Aigues-Mortes avec son père ». La cour d'appel se réfère également à « de nombreux autres témoignages » versés aux débats et faisant état du désir des enfants de ne pas retourner en Espagne.

35. D'autre part, la requérante avait produit devant la cour d'appel « de nombreuses attestations faisant état de l'affection qu'elle porte à ses enfants et du bien-être qu'elle leur assure » et « des photographies de groupes où figurent, heureux, ses enfants ».

36. Cette juridiction estima que l'ensemble des documents produits par la mère n'était « pas en contradiction avec l'argumentation de R. qui ne prétend pas démentir les qualités maternelles de la mère, se bornant à critiquer l'éducation dirigée dont les enfants sont l'objet en raison des convictions religieuses de leur mère ».

37. Il ressort du reste de l'arrêt que la cour d'appel a accordé une importance déterminante à la religion de la requérante.

En effet, après avoir relevé plus haut que la requérante « ne dénie pas son appartenance aux Témoins de Jéhovah pas plus que le fait que les deux enfants recevaient auprès d'elle une éducation conforme aux pratiques de cette religion », la cour d'appel s'exprima comme suit :

«Attendu que les règles éducatives imposées par les Témoins de Jéhovah aux enfants de leurs adeptes sont essentiellement critiquables en raison de leur dureté, de leur intolérance et des obligations imposées aux enfants de pratiquer le prosélytisme ;

Attendu que l'intérêt des enfants est d'échapper aux contraintes et interdits imposés par une religion structurée comme une secte ;»

38. Il ne fait dès lors aucun doute, aux yeux de la Cour, que la cour d'appel opéra entre les parents une différence de traitement reposant sur la religion de la requérante, au nom d'une critique sévère des principes d'éducation qui seraient imposés par cette religion.

39. Pareille différence de traitement est discriminatoire en l'absence de « justification objective et raisonnable », c'est-à-dire si elle ne repose pas sur un « but légitime » et s'il n'y a pas de « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (voir notamment les arrêts *Darby c. Suède*, 23 octobre 1990, série A n° 187, p. 12, § 31, et *Hoffmann* précité, p. 59, § 33).

40. La Cour est d'avis qu'en l'espèce le but poursuivi, protéger l'intérêt des enfants, est légitime.

41. Reste à déterminer s'il y avait un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés, c'est-à-dire la fixation de la résidence des enfants au domicile de leur père, et le but légitime poursuivi.

42. La Cour relève tout d'abord que, dans son arrêt, la cour d'appel n'énonça, dans les deux paragraphes précités, que des généralités relatives aux témoins de Jéhovah.

Elle note l'absence de tout élément concret et direct démontrant l'influence de la religion de la requérante sur l'éducation et la vie quotidienne de ses deux enfants ; est notamment absente la mention, qui selon le Gouvernement figurerait dans l'arrêt de la cour d'appel, du fait que l'intéressée emmène ses enfants avec elle lorsqu'elle tente de répandre sa foi. Dans ce cadre, la Cour ne saurait se contenter du constat fait par la cour d'appel lorsqu'elle a relevé que la requérante « ne dénie pas son appartenance aux Témoins de Jéhovah pas plus que le fait que les deux enfants recevaient auprès d'elle une éducation conforme aux pratiques de cette religion ».

Elle constate également que la cour d'appel n'a pas cru devoir accéder à la demande de l'intéressée de faire procéder à une enquête sociale, pratique courante en matière de garde d'enfants ; or celle-ci aurait sans doute permis de réunir des éléments concrets relativement à la vie des enfants avec l'un et l'autre de leurs parents, et aux incidences éventuelles de la pratique religieuse de leur mère sur leur vie et leur éducation, pendant les années où ils avaient vécu avec elle après le départ de leur père. La Cour estime dès lors qu'en l'espèce la cour d'appel s'est prononcée *in abstracto* et en fonction de considérations de caractère général, sans établir de lien entre les conditions de vie des

enfants auprès de leur mère et leur intérêt réel. Cette motivation, bien que pertinente, n'apparaît pas suffisante aux yeux de la Cour.

43. Dans ces conditions, la Cour ne peut conclure à l'existence d'un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Dès lors, il y a eu violation de l'article 8 de la Convention combiné avec l'article 14.

### **B. Sur la violation alléguée de l'article 8 pris isolément**

44. Eu égard à la conclusion figurant au paragraphe ci-dessus, la Cour estime qu'il n'est pas nécessaire de statuer sur la violation alléguée de l'article 8 pris isolément, les arguments présentés sur ce point ayant déjà été examinés dans le contexte de l'article 8 combiné avec l'article 14.

## **II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 6 § 1 DE LA CONVENTION ET DE L'ARTICLE 9, PRIS ISOLÉMENT OU COMBINÉ AVEC L'ARTICLE 14**

45. La requérante se plaint de ne pas avoir bénéficié d'un procès équitable au sens de l'article 6 § 1 de la Convention, du fait que la cour d'appel a refusé d'ordonner une enquête sociale. Elle se plaint également de l'atteinte portée à sa liberté de religion au sens de l'article 9, du fait que cette atteinte était discriminatoire au sens de l'article 9 combiné avec l'article 14, et invoque dans ses observations, à l'appui de son argumentation, l'article 2 du Protocole n° 1.

46. La Cour estime que nulle question distincte ne se pose sur le terrain de l'article 6, de l'article 9, envisagé isolément ou combiné avec l'article 14, ou de l'article 2 du Protocole n° 1, les circonstances invoquées étant les mêmes que pour l'article 8 de la Convention combiné avec l'article 14, dont le présent arrêt a constaté la violation.

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

47. 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**

48. La requérante demande 10 000 euros (EUR) au titre du préjudice moral.

49. Le Gouvernement considère qu'un constat de violation serait suffisant pour réparer le préjudice moral subi.

50. La Cour a conclu à une violation des articles 8 et 14 combinés du fait de la discrimination que la requérante a subie dans le cadre de l'atteinte portée au respect de sa vie familiale. Elle estime que la requérante a subi un certain préjudice moral du fait de la violation constatée. Statuant en équité, elle alloue la somme de 10 000 EUR demandée à ce titre par l'intéressée.

## **B. Frais et dépens**

51. La requérante demande 3 125 EUR au titre des frais et dépens engagés devant la Cour de cassation et 6 000 EUR au titre des honoraires de son avocat devant la Cour.

52. Sur ce point, le Gouvernement considère que seuls les frais et dépens exposés devant la Cour pourront éventuellement être pris en compte sous réserve d'être dûment justifiés.

53. La Cour constate tout d'abord que le pourvoi formé par la requérante devant la Cour de cassation portait essentiellement sur la violation ci-dessus constatée. Dès lors, elle lui accorde l'intégralité des frais engagés pour former ce pourvoi, soit 3 125 EUR.

Pour ce qui est de la présentation de la requête devant elle, la Cour note que les frais se répartissent entre la consultation d'un professeur d'université pour un montant de 4 573,47 EUR et les honoraires de l'avocat lui-même, non justifiés, pour un montant de 1 426,53 EUR.

La Cour estime que, compte tenu de la nature de l'affaire et du précédent jurisprudentiel existant, la consultation demandée à un universitaire n'était pas nécessaire et que l'avocat de la requérante aurait pu procéder lui-même aux recherches nécessaires. En outre, il ne figure au dossier aucune justification du montant des honoraires de ce dernier.

Dans ces conditions, la Cour accorde à la requérante 1 000 EUR pour sa représentation devant la Cour.

La Cour accorde donc au total à l'intéressée 4 125 EUR pour frais et dépens.

## **C. Intérêts moratoires**

54. La Cour juge approprié de calquer le taux des intérêts moratoires sur le taux d'intérêt de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne majoré de trois points de pourcentage.

## PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Dit*, par six voix contre une, qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention combiné avec l'article 14;
2. *Dit*, par six voix contre une, qu'il ne s'impose pas de statuer sur la violation alléguée de l'article 8 pris isolément;
3. *Dit*, à l'unanimité, que nulle question distincte ne se pose sur le terrain de l'article 6 § 1 de la Convention et de l'article 9, pris isolément ou combiné avec l'article 14;
4. *Dit*, à l'unanimité,
  - 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. 10 000 EUR (dix mille euros) pour dommage moral,
    - ii. 4 125 EUR (quatre mille cent vingt-cinq euros) pour frais et dépens,
    - iii. tout montant pouvant être dû à titre d'impôt sur lesdites sommes;
  - b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage;
5. *Rejette*, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 16 décembre 2003, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Lawrence EARLY  
Greffier adjoint

András BAKA  
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 dissidente de M<sup>me</sup> Thomassen.

A.B.B.  
T.L.E.

OPINION DISSIDENTE DE M<sup>me</sup> LA JUGE THOMASSEN

Je ne peux pas suivre la majorité qui estime que la décision de la cour d'appel concernant la résidence des enfants constitue une discrimination entre le père et la mère, en raison de la religion de la mère, témoin de Jéhovah.

S'il est vrai que la cour d'appel s'est prononcée sur les implications négatives des croyances des témoins de Jéhovah pour l'éducation des enfants dans des termes très généraux, elle a néanmoins établi un lien avec les conséquences négatives que, selon un psychiatre, les convictions religieuses de la mère avaient sur les enfants. En outre, la cour d'appel a fondé sa décision sur une lettre de l'un des enfants faisant état de son désir de demeurer auprès de son père et sur des déclarations de témoins, qui confirmaient que les enfants avaient affirmé qu'ils préféreraient habiter avec celui-ci.

Selon la jurisprudence constante de la Cour, le principe directeur qui doit guider les décisions judiciaires concernant un enfant est l'intérêt de celui-ci. Si nécessaire, l'intérêt d'un parent doit y être soumis.

Chaque décision judiciaire qui intervient après un divorce et qui concerne la résidence d'un enfant, crée en principe une distinction entre les deux parents, dans la mesure où peuvent être déterminants pour le choix qui doit être fait des éléments tels que les capacités éducatives et affectives, les moyens financiers, les conditions de logement ou le lieu de résidence de chacun des parents. Dans des affaires comme celle-ci, après un divorce, chaque décision d'une cour constitue en principe une distinction entre les deux parents, dans la mesure où peuvent être décisifs pour le choix de la résidence de l'enfant, par exemple, des moyens financiers, des capacités éducatives, des considérations affectives, les conditions de logement, la ville où l'enfant va à l'école, etc. Il est évident qu'une telle distinction qui, d'une certaine manière, exclut l'autre parent de la vie quotidienne de son enfant peut être ressentie par celui-ci comme injuste.

L'intervention d'un juge pour faire un choix entre les deux parents peut être comparée à un jugement de Salomon. Cette intervention est la conséquence inévitable de la décision des parties de se séparer et elle constitue toujours une ingérence dans la vie familiale de l'un des parents.

Dans ce contexte, un tribunal peut être obligé, dans l'intérêt de l'enfant, de regarder de plus près les qualités et les conditions de vie d'un parent pour fonder sa décision, même si certains arguments ne suffiraient pas pour justifier toute autre ingérence de l'Etat dans la vie familiale d'un parent, par exemple s'agissant de la protection des enfants.

C'est dans ce cadre, c'est-à-dire dans le cadre du choix de l'un des parents, que la cour d'appel a pris en considération les conséquences négatives des convictions religieuses de la mère pour ses enfants.

A mon avis, cette distinction, faite par la cour d'appel entre la mère et le père en se fondant sur les effets de la religion de la mère, ne constitue pas une discrimination contraire à l'article 14.

En revanche, j'estime que la décision de la cour d'appel est critiquable pour une autre raison.

Après que le père eut quitté la mère et sa famille, la mère s'est occupée seule des enfants pendant trois ans et demi, sur la base de la décision judiciaire qui avait été prise. Le père a ignoré cette décision en empêchant, après les vacances, que les enfants retournent en Espagne auprès de leur mère.

A mon avis, la confirmation de cet acte illégal qui a privé la mère de son droit à la vie familiale avec ses enfants, ne pouvait se justifier sans entendre les enfants et/ou ordonner une enquête sociale afin de vérifier qu'il était bien de l'intérêt de ceux-ci de ne plus continuer à habiter avec leur mère.

L'absence d'une telle enquête portant sur les relations entre la mère et les enfants dans les circonstances de cette affaire a méconnu la vie familiale de la mère avec ses enfants. Il en aurait été de même si la cour d'appel avait fondé sa décision sur des considérations liées aux interdictions et contraintes imposées par la mère aux enfants sans aucun lien avec des convictions religieuses.

J'estime que la requérante a été privée d'une participation adéquate au processus décisionnel, ce qui rend la décision de la cour d'appel arbitraire et constitue une violation de l'article 8 à son égard.



PALAU-MARTINEZ v. FRANCE  
*(Application no. 64927/01)*

SECOND SECTION

JUDGMENT OF 16 DECEMBER 2003<sup>1</sup>

---

1. Translation; original French.



SUMMARY<sup>1</sup>**Refusal to grant custody of children to mother on account of her religion****Article 8 in conjunction with Article 14**

*Discrimination – Religion – Family life – Refusal to grant custody of children to mother on account of her religion – Jehovah’s Witness – Protection of children’s interests – Objective and reasonable justification – Proportionality – Relevant and sufficient reasons – No inquiry into the children’s living conditions*

\*  
\* \*

The applicant obtained a divorce after her husband’s departure from the matrimonial home. The court of first instance established the two under-age children’s residence with the mother; the father was given access and residence rights. He decided to keep the children with him and enrolled them in a school at his place of residence. The court of appeal decided to establish the children’s residence with their father and granted the mother access and residence rights after rejecting her request for a social inquiry report. Noting that the applicant belonged to the Jehovah’s Witnesses and that the children were being brought up in accordance with this religion’s practices, the court considered that the rules regarding child-rearing imposed by the Jehovah’s Witnesses on their followers’ children were open to criticism on account of their strictness and intolerance and the obligation on children to proselytise, and decided that it was in the children’s interests to be free from the constraints and prohibitions imposed by a religion whose structure resembled that of a sect. The applicant appealed unsuccessfully on points of law.

*Held*

Article 8 in conjunction with Article 14: The judgment establishing the children’s residence at their father’s home had been delivered when the children had been living with their mother for three and a half years, which meant that it amounted to an interference with the applicant’s right to respect for her family life and could not be regarded merely as the judicial intervention necessary in any divorce, as the Government had submitted. Examining the conditions in which the applicant and her ex-husband respectively were raising their children, the court of appeal had treated the parents differently on the basis of the applicant’s religion, on the strength of a harsh analysis of the principles regarding child-rearing which were allegedly imposed by this religion. The aim pursued, namely protection of the children’s interests, had been legitimate. It remained to be determined whether there had been a reasonably proportionate relationship between this aim and the

---

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

means employed, namely establishing the children's residence at their father's home. The judgment complained of had asserted only generalities concerning Jehovah's Witnesses. It contained no direct, concrete evidence demonstrating the influence of the applicant's religion on her children's upbringing and daily life. In addition, the court had not granted the applicant's request for a social inquiry report, a common practice in child custody cases; such an inquiry would no doubt have provided tangible information on the children's lives with each of their parents and made it possible to ascertain the impact, if any, of their mother's religious practice on their lives and upbringing during the years following their father's departure when they lived with her. In short, the court had ruled *in abstracto* and on the basis of general considerations, without establishing a link between the children's living conditions with their mother and their real interests. Although relevant, that reasoning was not "sufficient". Consequently, there had been no reasonably proportionate relationship between the means employed and the aim pursued.

*Conclusion*: violation (six votes to one).

The Court held unanimously that it was unnecessary to rule on the alleged violation of Article 8 taken alone or to examine separately Article 6 § 1 and Article 9.

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

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

*Darby v. Sweden*, judgment of 23 October 1990, Series A no. 187

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

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

*Van Raalte v. the Netherlands*, judgment of 21 February 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I

*Camp and Bourimi v. the Netherlands*, no. 28369/95, ECHR 2000-X

**In the case of Palau-Martinez v. France,**

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

Mr A.B. BAKA, *President*,

Mr J.-P. COSTA,

Mr GAUKUR JÖRUNDSSON,

Mr K. JUNGWIERT,

Mr V. BUTKEVYCH,

Mrs W. THOMASSEN,

Mr M. UGREKHELIDZE, *judges*,

and Mr T.L. EARLY, *Deputy Section Registrar*,

Having deliberated in private on 4 March and 25 November 2003,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 64927/01) against the French Republic lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a French national, Ms Séraphine Palau-Martinez (“the applicant”), on 20 December 2000.

2. The applicant was represented by Mr P. Goni, of the Paris Bar. The French Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr R. Abraham, Director of Legal Affairs at the Ministry of Foreign Affairs.

3. The applicant alleged that a decision by the French courts to establish her two under-age children’s residence with their father had interfered with her private and family life within the meaning of Article 8 of the Convention and was discriminatory for the purposes of Article 8 taken in conjunction with Article 14. She also complained of the discriminatory infringement of her freedom of religion within the meaning of Article 9 of the Convention, taken alone and in conjunction with Article 14, and alleged that she had not had a fair hearing within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention.

4. 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.

5. By a decision of 4 March 2003, the Chamber declared the application admissible.

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

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

7. The applicant is a French citizen who was born in 1963 and lives in Alcira, near Valencia (Spain).

8. The applicant married in January 1983. She and her husband had two children, born in 1984 and 1989.

9. In August or September 1994 the applicant's husband left the matrimonial home and moved in with his mistress. In December 1994 the applicant petitioned for divorce.

10. By a judgment of 5 September 1996, the Nîmes *tribunal de grande instance* ruled on the divorce petition. It found, firstly, that a reading of the submitted documents had not established that the applicant's membership of the Jehovah's Witnesses had been the cause of the breakdown in the couple's relationship, but that it had been attested that her husband had left the matrimonial home to live with his mistress, and had also prevented the applicant from working in the pizzeria they ran. Accordingly, it granted the divorce, attributing fault to the husband alone.

11. With regard to the children, the court decided that they would reside with their mother in Spain and that parental responsibility would be exercised jointly. The father was to have visiting and residence rights on an unrestricted basis and, in the absence of agreement, during the whole of the children's school holidays, provided that he collected them himself and escorted them back to their mother's home. It set the amount of the father's maintenance payments at 1,500 French francs (FRF) per month and per child.

12. On 21 November 1996 the applicant appealed against this judgment. She asked to be given access for one month during the children's summer holidays and one week during the Christmas and Easter holidays. She also renewed her request for a complementary allowance. In her pleadings in reply, the applicant complained that her ex-husband had not returned the children to her at the end of the 1997 summer holidays and had enrolled them in a school in Aigues-Mortes, where he lived with his new companion. She submitted that the father had influenced the children so that they would express a wish to live with him; she filed statements and photographs intended to show that she was bringing up her children with great care and that they were allowed to take part freely in any activity that interested them. She requested that a social inquiry report be drawn up.

13. The Nîmes Court of Appeal delivered judgment on 14 January 1998. It upheld the judgment with regard to the divorce pronouncement and awarded the applicant a complementary allowance of FRF 1,500 per

month for three years. With regard to the children's place of residence, the court found as follows:

"The two under-age children, C., aged 13, and M., aged 8, currently live with their father in Aigues-Mortes, where they attend school.

This is a *de facto* situation which has been brought about by the father, who, contrary to the provisions of the appealed judgment, failed to return the children to their mother's home at the end of the summer holidays.

In justifying his behaviour, R. claims that he has acted in the children's interests, in order to remove them from the detrimental influence of their mother and her circle, who oblige them to practice the religion known as 'the Jehovah's Witnesses'.

Furthermore, R. has submitted a letter from child C., expressing the latter's wish to remain with his father, together with a medical certificate drawn up by Doctor D., a psychiatrist, on 7 January 1997, which states that child C. 'experiences his mother's prohibitions, via the Jehovah's Witnesses, as distressing and frustrating' and that 'child M. suffers from the religious constraints imposed on him and expressed a wish to live in Aigues-Mortes with his father as far back as the beginning of 1997'.

Finally, numerous other witness statements testified to the children's expressed wish not to return to Spain.

Séraphine Palau-Martinez does not deny that she is a Jehovah's Witness or that the two children were being brought up in accordance with the precepts of this religion.

Admittedly, she has submitted numerous statements attesting to her affection for her children and showing that she provides for their well-being, and has filed group photographs in which her children appear happy.

Taken together, however, the submitted documents are not inconsistent with the arguments of R., who does not wish to deny the mother's maternal attributes but restricts himself to criticising the strict upbringing received by the children on account of their mother's religious convictions.

The rules regarding child-rearing imposed by the Jehovah's Witnesses on their followers' children are open to criticism mainly on account of their strictness and intolerance and the obligation on children to proselytise.

It is in the children's interests to be free from the constraints and prohibitions imposed by a religion whose structure resembles that of a sect.

There is no reason to order a social inquiry report which, in the present circumstances, would serve only to unsettle the children.

In the light of the above analysis, the Court considers that, contrary to the lower court's decision, the two under-age children's place of residence should be their father's home, but that parental responsibility should continue to be exercised jointly.

Should no agreement be reached [between the parents], Séraphine Palau-Martinez will enjoy free right of access and the right to have the children to stay:

- for the whole of the February and All Saints holidays;
- for one month during the summer holidays;

– for half of the Easter and Christmas holidays, when it will be for the mother to collect the children from the father’s home and for the latter to collect them from the mother’s home; ...”

14. The applicant appealed on points of law. In particular, she complained that the Court of Appeal had reversed the first-instance judgment on the central ground that the rules regarding child-rearing imposed by the Jehovah’s Witnesses on their followers’ children were open to criticism mainly on account of their strictness and intolerance and the obligation on children to proselytise; in so deciding, it had done no more than apply a general and abstract ground and had failed to investigate whether, in reality, the children’s upbringing was disrupted to an extent that justified changing their place of residence. She considered that this value judgment on the way in which she practised her religion, taken *in abstracto*, did not justify the court’s decision. She added that the manner in which the court had asserted that it was in the children’s interests to be free from the constraints and prohibitions imposed by a religion whose structure resembled a sect had been just as abstract. She also complained that the Court of Appeal had refused to grant her request for a social inquiry report. Referring to freedom of conscience and religion and to the rules of a fair hearing, she relied on Articles 9 and 6 of the Convention.

15. The Court of Cassation delivered its judgment on 13 July 2000. After summarising the grounds of the Court of Appeal’s judgment, it ruled as follows:

“It is apparent from these findings and considerations that the Court of Appeal, which replied to the submissions without inconsistency, was not obliged to order a social inquiry report and did not interfere with Ms Palau-Martinez’s freedom of conscience, ruled, on the basis of the evidence which it alone is empowered to assess, that the children’s interests required that their father’s home be established as their habitual place of residence; ...”

## II. RELEVANT DOMESTIC LAW

16. The relevant provisions of the Civil Code provide:

### **Article 287**

(in the version applicable at the material time)

“Parental responsibility shall be exercised jointly by both parents. Failing an agreement or where the court considers that such an agreement goes against the child’s interests, the court shall designate the parent with whom the children shall habitually reside.

Where it is necessary in the interests of the child, the court may confer parental responsibility on one of the two parents.



On their own initiative or at the court's request, the parents may submit their observations on the arrangements for exercising parental responsibility."

**Article 287-2**

(as worded at the material time)

"Prior to any interlocutory or final decision setting out the arrangements for the exercise of parental responsibility and visiting rights, or entrusting the children to a third party, the court may instruct any qualified person to draw up a social inquiry report. The aim of this document is to gather information on the family's material and moral situation, the conditions in which the children live and are brought up, and the measures which should be taken in their interests.

If one of the spouses disputes the conclusions of the social inquiry report, he or she may request a second expert opinion.

The social inquiry report may not be used in the divorce proceedings."

## THE LAW

### I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION TAKEN ALONE AND IN CONJUNCTION WITH ARTICLE 14

17. The applicant complained firstly that the residence order stating that the children should live with their father had infringed her right to respect for her private and family life and had been discriminatory. She relied on Articles 8 and 14 of the Convention, the relevant parts of which provide as follows:

**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."

**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, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status."

#### **A. Alleged violation of Article 8 taken in conjunction with Article 14**

18. The applicant referred firstly to *Hoffmann v. Austria* (judgment of 23 June 1993, Series A no. 255-C). She considered that the same

reasoning should be applied in the instant case and that the fact that custody of her two children, which she had enjoyed for two years, had been withdrawn ought to be regarded as interference with her right to respect for her family life.

19. She stressed that, in seeking to justify the interference, the Government based their arguments almost exclusively on allegations by her former husband, witness statements from his friends, the opinion of a psychiatrist consulted by him alone and the opinions of the children, which were necessarily dependent on the circumstances in which they had been obtained.

20. The applicant further asserted that the Nîmes Court of Appeal, having refused to order a social inquiry report, had assessed the situation *in abstracto* and had delivered a socially stigmatising judgment based mainly and decisively on her religious beliefs. She also claimed that the use of evidence provided by her former husband alone was merely a pretext for a value judgment against the Jehovah's Witnesses' convictions regarding family life, the national courts' real motivation having been the applicant's religious beliefs.

21. The applicant considered that she was justified in alleging a serious interference with her maternal rights and obligations, given firstly that the decision against her had been based on discriminatory grounds, and secondly that the father's home had been named as the children's habitual residence despite his conduct. She emphasised that he had abandoned his family and that he had subsequently refused to return the children to their mother's home, in violation of a judgment by the family-affairs judge.

22. Further, she challenged the statement that the children's interests had been carefully examined and, in consequence, denied that there was any justification for this interference. The applicant considered that the Court of Appeal had based its decision on erroneous and *ex parte* opinions, had rendered the proceedings unequal by refusing a psychological expert opinion and had been discriminatory in grounding its judgment of 14 January 1998 on her religious beliefs.

23. The Government did not dispute that the applicant's complaint fell within the scope of Article 8 of the Convention.

However, they considered that, in the context of a divorce, court "intervention" was necessary but could not be considered "interference" within the meaning of Article 8 § 2.

If, however, the Court were to consider that there had been interference with the applicant's rights, the Government argued that this was in accordance with the law, namely the Civil Code, served a legitimate aim, namely the children's interests, and was proportionate, since children's interests could, and sometimes must, prevail over those of their parents.

24. The Government submitted that the domestic courts might legitimately have considered, on the basis of objective evidence and after hearing the children's opinion, that the upbringing imposed by their mother obliged them to comply with constraints that were scarcely compatible with a balanced upbringing, requiring them in particular to engage in proselytising activities.

25. Furthermore, they considered that the conditions required for the application of Article 14 of the Convention had not been fulfilled.

They submitted that the applicant and her ex-husband were in similar situations in that both could have the children's residence established at their respective homes.

26. They also submitted that in the instant case, as distinct from the situation condemned by the Court in *Hoffmann*, cited above, it was indeed the consequences of religious observance on the children's health and equilibrium that had been taken into account, and not merely the fact that the mother was a Jehovah's Witness.

27. The Government acknowledged that the Court of Appeal's judgment had condemned the results of the Jehovah's Witnesses' precepts regarding child-rearing in general terms, but asserted that the mere fact of the applicant's religious beliefs had not been the basis of this decision. According to the Government, the basis of the Court of Appeal's judgment, which had specified the damage suffered by the children, lay in the disadvantages already experienced by them, in that the medical certificate pointed to the existence of a degree of frustration due to the religion imposed by their mother, no medical certificate to the contrary having been submitted to invalidate the psychiatrist's opinion. In addition, the judgment noted that the applicant took her children with her when attempting to spread her religious beliefs, and that numerous witnesses had confirmed the children's wish to live with their father. Consequently, the Government considered that the Court of Appeal had ruled with reference to the particular circumstances and had justified its decision objectively and reasonably.

28. In the alternative, the Government considered that any possible distinction made in respect of the applicant on account of her religious convictions had been proportionate and justified on objective and reasonable grounds, namely the best interests of the children, which the national courts had assessed in a concrete manner in the light of objective factors.

29. The Court reiterates that Article 14 of the Convention complements the other substantive provisions of the Convention and the 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 latter (see, among many other authorities, *Van Raalte v. the Netherlands*, judgment of 21 February 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I, p. 184, § 33, and *Camp and Bourimi v. the Netherlands*, no. 28369/95, § 34, ECHR 2000-X).

30. The Court notes at the outset that, in the instant case, the two children had been living with their mother for almost three and a half years, ever since their father had left the family home, when the judgment by the Nîmes Court of Appeal established residence at their father's home. Accordingly, the Court considers that this judgment constitutes interference with the applicant's right to respect for her family life and cannot be regarded merely as the judicial intervention necessary in any divorce, as the Government submitted. The case therefore falls within the ambit of Article 8 of the Convention (see *Hoffmann*, cited above, p. 58, § 29).

31. Further, different 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". Moreover, 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 (see *Karlheinz Schmidt v. Germany*, judgment of 18 July 1994, Series A no. 291-B, pp. 32-33, § 24, and *Camp and Bourimi*, cited above, § 37).

32. The Court must therefore first examine whether the applicant can claim to have received different treatment.

33. In reversing the first-instance judgment and establishing the children's residence at their father's home, the Court of Appeal ruled on the conditions in which the applicant and her ex-husband respectively were raising their children.

34. To do this, the Court of Appeal had before it, on the one hand, a letter written by one of the children and submitted by the father, "expressing [the child's] wish to remain with his father" and a medical certificate from a psychiatrist, drawn up in January 1997, stating that child C. "experiences his mother's prohibitions, via the Jehovah's Witnesses, as distressing and frustrating", and that "child M. suffers from the religious constraints imposed on him and expressed a wish to live in Aigues-Mortes with his father as far back as the beginning of 1997". The Court of Appeal also mentioned "numerous statements" submitted to the court which testified to the children's wish not to return to Spain.

35. On the other hand, the applicant had filed with the Court of Appeal "numerous statements attesting to her affection for her children and showing that she provides for their well-being" and "group photographs in which her children appear happy".

36. The Court of Appeal considered that, taken as a whole, the documents submitted by the mother “[were] not inconsistent with the arguments of R., who [did] not wish to deny the mother’s maternal attributes, but [restricted] himself to criticising the strict upbringing received by the children on account of their mother’s religious convictions”.

37. It appears from the remainder of the judgment that the Court of Appeal attached decisive importance to the applicant’s religion.

Having noted that the applicant “does not deny that she is a Jehovah’s Witness or that the two children were being brought up in accordance with the precepts of this religion”, the Court of Appeal ruled as follows:

“The rules regarding child-rearing imposed by the Jehovah’s Witnesses on their followers’ children are open to criticism mainly on account of their strictness and intolerance and the obligation on children to proselytise.

It is in the children’s interests to be free from the constraints and prohibitions imposed by a religion whose structure resembles that of a sect.”

38. There is therefore no doubt, in the Court’s view, that the Court of Appeal treated the parents differently on the basis of the applicant’s religion, on the strength of a harsh analysis of the principles regarding child-rearing allegedly imposed by this religion.

39. Such a difference in treatment is discriminatory in the absence of an “objective and reasonable justification”, that is, if it is not justified by a “legitimate aim” and if there is no “reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised” (see, among other authorities, *Darby v. Sweden*, judgment of 23 October 1990, Series A no. 187, p. 12, § 31, and *Hoffmann*, cited above, p. 59, § 33).

40. The Court is of the opinion that the aim pursued in the instant case, namely protection of the children’s interests, is legitimate.

41. It remains to be determined whether there was a reasonably proportionate relationship between the means employed, namely establishing the children’s residence at their father’s home, and the legitimate aim sought.

42. The Court notes firstly that the Court of Appeal, in the two paragraphs of its judgment cited above, asserted only generalities concerning Jehovah’s Witnesses.

It notes the absence of any direct, concrete evidence demonstrating the influence of the applicant’s religion on her two children’s upbringing and daily life and, in particular, of the reference which the Government alleged was made in the Court of Appeal’s judgment to the fact that the applicant took her children with her when attempting to spread her religious beliefs. In this context, the Court cannot accept that such evidence is constituted by the Court of Appeal’s finding that the

applicant “does not deny that she is a Jehovah’s Witness or that the two children were being brought up in accordance with the precepts of this religion”.

It further notes that the Court of Appeal did not consider it necessary to grant the applicant’s request for a social inquiry report, a common practice in child custody cases; such an inquiry would no doubt have provided tangible information on the children’s lives with each of their parents and made it possible to ascertain the impact, if any, of their mother’s religious practice on their lives and upbringing during the years following their father’s departure when they had lived with her. Accordingly, the Court considers that the Court of Appeal ruled *in abstracto* and on the basis of general considerations, without establishing a link between the children’s living conditions with their mother and their real interests. Although relevant, that reasoning was not in the Court’s view sufficient.

43. In those circumstances, the Court cannot conclude that there was a reasonably proportionate relationship between the means employed and the legitimate aim pursued. There has accordingly been a violation of Article 8 of the Convention taken in conjunction with Article 14.

### **B. Alleged violation of Article 8 taken alone**

44. In view of the conclusion reached in the preceding paragraph, the Court does not consider it necessary to rule on the allegation of a violation of Article 8 taken alone, the arguments advanced in this respect having already been examined in respect of Article 8 taken in conjunction with Article 14.

## **II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 6 § 1 OF THE CONVENTION AND ARTICLE 9 TAKEN ALONE OR IN CONJUNCTION WITH ARTICLE 14**

45. The applicant complained that she had not had a fair hearing within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention, in that the Court of Appeal had refused to order a social inquiry report. She also claimed that there had been interference with her freedom of religion within the meaning of Article 9, that this interference was discriminatory within the meaning of Article 9 taken in conjunction with Article 14, and referred in the submissions in support of her arguments to Article 2 of Protocol No. 1.

46. The Court considers that no separate issue arises under Article 6 or Article 9 taken alone or in conjunction with Article 14, or under Article 2 of Protocol No. 1, since the factual circumstances relied on are the same

as those for the complaint under Article 8 taken in conjunction with Article 14, of which a violation has been found.

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

47. 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**

48. The applicant claimed 10,000 euros (EUR) in respect of non-pecuniary damage.

49. The Government considered that the finding of a violation would constitute sufficient just satisfaction for any non-pecuniary damage sustained by the applicant.

50. The Court has found a violation of Articles 8 and 14, taken together, on account of the discrimination suffered by the applicant in the context of interference with the right to respect for her family life. It considers that the applicant sustained some non-pecuniary damage on account of this violation. Making its assessment on an equitable basis, the Court awards the sum of EUR 10,000 claimed by the applicant under this head.

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

51. The applicant claimed EUR 3,125 in respect of costs and expenses incurred before the Court of Cassation and EUR 6,000 in respect of her lawyer’s fees before the Court.

52. In this regard, the Government considered that only the costs incurred before the Court could be taken into account, subject to production of the relevant vouchers.

53. The Court notes, firstly, that the applicant’s appeal to the Court of Cassation related primarily to the violation found. Accordingly, it awards her the totality of the costs incurred in lodging this appeal, namely EUR 3,125.

As to presentation of the application to the Court, the Court notes that the costs are made up of a report by a university professor, for a fee of EUR 4,573.47, and the lawyer’s fees proper, in the sum of EUR 1,426.53, for which no voucher was produced.

The Court considers that, bearing in mind the nature of the case and the existing legal precedents, it had not been necessary to commission a report from an academic, and that the applicant's lawyer could have carried out the necessary research himself. In addition, no relevant vouchers have been submitted as to the latter's fees.

In those circumstances, the Court awards the applicant EUR 1,000 for her representation before the Court.

The Court therefore awards the applicant a total of EUR 4,125 for costs and expenses.

### **C. Default interest**

54. The Court considers it appropriate that the default interest should be based on the marginal lending rate of the European Central Bank, to which should be added three percentage points.

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

1. *Holds* by six votes to one that there has been a violation of Article 8 of the Convention taken in conjunction with Article 14;
2. *Holds* by six votes to one that it is unnecessary to rule on the alleged violation of Article 8 taken alone;
3. *Holds* unanimously that no separate issue arises under Article 6 § 1 of the Convention and Article 9 taken alone or in conjunction with Article 14;
4. *Holds* unanimously
  - (a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months from the date on which the judgment becomes final according to Article 44 § 2 of the Convention, the following sums:
    - (i) EUR 10,000 (ten thousand euros) in respect of non-pecuniary damage;
    - (ii) EUR 4,125 (four thousand one hundred and twenty-five euros) in respect of costs and expenses;
    - (iii) any tax chargeable on these sums;
  - (b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amounts at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;
5. *Dismisses* unanimously the remainder of the applicant's claim for just satisfaction.



Done in French, and notified in writing on 16 December 2003, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Lawrence EARLY  
Deputy Registrar

András BAKA  
President

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

A.B.B.  
T.L.E.

## DISSENTING OPINION OF JUDGE THOMASSEN

*(Translation)*

I am unable to agree with the majority who consider that the Court of Appeal's decision regarding the children's residence constitutes discrimination between the father and mother on account of the latter's religious beliefs as a Jehovah's Witness.

Whilst it is true that the Court of Appeal ruled in very general terms on the adverse implications of the Jehovah's Witnesses' beliefs for the children's education, it did nevertheless establish a link with the adverse effects which, according to a psychiatrist, the mother's religious convictions were producing on the children. In addition, the Court of Appeal based its decision on a letter from one of the children, stating his wish to remain with his father, and on witness statements which confirmed that the children had said that they would prefer to live with the latter parent.

According to the Court's established case-law, the underlying principle which must guide court decisions in respect of a child is the latter's interests. Where necessary, a parent's interests must be subordinated to these.

Every court decision taken after a divorce concerning a child's residence creates, in principle, a distinction between the two parents, in that elements such as each of the parent's educational and emotional abilities, financial resources, housing conditions or place of residence may be decisive in the choice which must be made. It is clear that such a distinction, which, in a way, excludes the other parent from his or her child's daily life, may be perceived as unjust by that person.

A court's intervention in choosing between two parents may be compared to the judgment of Solomon. Such intervention is an inevitable consequence of the parties' decision to separate and it always represents interference in the family life of one of the parents.

In this context, a court may be obliged, in the child's interests, to examine more closely a parent's attributes and living conditions when reaching its decision, although certain arguments would be insufficient to justify another form of State interference in a parent's family life, such as for the purpose of child protection.

It was in those circumstances, that is, in the context of choosing one of the parents, that the Court of Appeal considered the adverse consequences on her children of the mother's religious convictions.

In my opinion, this distinction between the mother and father, made by the Court of Appeal on the basis of the effects of the mother's religion, does not amount to discrimination contrary to Article 14.

On the other hand, I consider that the Court of Appeal's decision is open to criticism for another reason.

After the father had left the mother and her family, the mother looked after the children by herself for three and a half years, on the basis of a court decision. The father ignored this decision by preventing the children from rejoining their mother in Spain after the holidays.

In my opinion, endorsement of this unlawful act, which deprived the mother of her right to a family life with her children, could not be justified without having heard the children and/or ordering a social inquiry report to establish whether it was indeed in the latter's interests to stop living with their mother.

Given the circumstances of this case, the lack of any such report on the relationship between the mother and children infringed the mother's right to a family life with her children. The same would have been true had the Court of Appeal based its decision on considerations relating to prohibitions and constraints imposed on the children by their mother without reference to any religious convictions.

I consider that the applicant has been deprived of adequate participation in the decision-making process, thus rendering arbitrary the Court of Appeal's decision and amounting to a violation of Article 8 in her regard.



LOISEAU c. FRANCE  
(Requête n° 46809/99)

DEUXIÈME SECTION<sup>1</sup>

DÉCISION DU 18 NOVEMBRE 2003<sup>2</sup>

---

1. Siégeant en une chambre composée de M. Gaukur Jörundsson, *président*, M. J.-P. Costa, M. L. Loucaides, M. C. Birsan, M. K. Jungwiert, M<sup>me</sup> W. Thomassen, M. M. Ugrekhelidze, *juges*, et de M<sup>me</sup> S. Dollé, *greffière de section*.

2. Texte français original. Extraits.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Applicabilité de l'article 6 à une procédure concernant la communication de documents administratifs****Article 6 § 1**

*Applicabilité – Droits et obligations de caractère civil – Applicabilité de l'article 6 à une procédure concernant la communication de documents administratifs – Existence d'une contestation réelle et sérieuse – Existence d'un droit reconnu en droit interne – Nature patrimoniale du litige*

\*  
\*   \*   \*

Le requérant avait remplacé un professeur titulaire dans un lycée. Afin d'être en mesure de faire valoir ses droits et de demander la reconstitution de sa carrière, il a – vainement – demandé à son employeur de lui fournir les documents d'ordre administratifs relatifs à son embauche et à ses cotisations sociales, ainsi que ses feuilles de paye. Par un jugement devenu définitif, le tribunal administratif annula la décision de refus opposée par le recteur du lycée. Le requérant saisit le Conseil d'Etat d'une demande tendant à l'exécution sous astreinte du jugement, mais celle-ci fut rejetée.

Article 6 § 1 : la procédure concernait la communication de documents administratifs relatifs aux conditions d'embauche par un lycée public. Le droit interne reconnaît un droit individuel d'accès à de tels documents et en cas de refus prévoit la possibilité de saisir le juge ; il y avait donc une « contestation » se rapportant à un « droit reconnu en droit interne » et celle-ci était « réelle et sérieuse ». Le droit en question est de nature « privée » : c'est un droit individuel dont le requérant peut se dire lui-même titulaire, les documents réclamés se rapportaient directement et exclusivement à sa situation personnelle et en particulier allaient lui permettre d'asseoir une demande visant à la reconstitution de sa carrière, ce qui confère au litige une certaine coloration patrimoniale en faveur de l'applicabilité de l'article 6. Enfin, l'issue de la procédure était « directement déterminante » pour le droit en question. L'article 6 § 1 est donc applicable.

**Jurisprudence citée par la Cour**

*Syndicat CFDT des Etablissements et Arsenaux du Val-de-Marne et Vesque c. France*, n° 11678/85, décision de la Commission du 7 décembre 1987, non publiée  
*Gaskin c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 1989, série A n° 160

---

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

- Allan Jacobsson c. Suède (n° 1)*, arrêt du 25 octobre 1989, série A n° 163  
*Barry et autres c. France*, n° 14497/89, décision de la Commission du 14 octobre 1991,  
non publiée  
*Scollo c. Italie*, arrêt du 28 septembre 1995, série A n° 315-C  
*Di Pede c. Italie*, arrêt du 29 août 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV  
*Zappia c. Italie*, arrêt du 29 août 1996, *Recueil* 1996-IV  
*Balmer-Schafroth et autres c. Suisse*, arrêt du 26 août 1997, *Recueil* 1997-IV  
*M.G. c. Royaume-Uni*, n° 39393/98, 24 septembre 2002



(...)

## EN FAIT

Le requérant, M. Paul Loiseau, est un ressortissant français, né en 1932 et résidant à La Bachellerie. Le Gouvernement est représenté par son agent, M. R. Abraham, directeur des affaires juridiques au ministère des Affaires étrangères.

### 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.

Durant six mois, de novembre 1979 à avril 1980, le requérant a assuré le remplacement d'un professeur titulaire au lycée professionnel Albert-Claveille de Périgueux. Il soutient que l'Education nationale lui a indûment refusé le statut de maître auxiliaire, a omis de lui délivrer des feuilles de paye pour les mois de novembre et de décembre 1979, et ne l'a pas déclaré à l'Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales (URSSAF) pour ces deux mois. Afin d'être en mesure de faire valoir ses droits et de demander la reconstitution de sa carrière, le requérant a – vainement – invité l'administration à lui fournir une copie des documents relatifs à son embauche, des déclarations à l'URSSAF et des feuilles de paye pour les mois de novembre et décembre 1979. Saisie par le requérant, la Commission d'accès aux documents administratifs a rendu, le 5 avril 1990, un avis favorable à la communication de ces documents par le recteur. Le 15 mai 1990, le recteur a informé le requérant qu'il ne détenait pas les documents litigieux et était donc dans l'impossibilité de procéder à cette communication. Le requérant saisit en conséquence le tribunal administratif de Bordeaux, lequel a annulé cette décision de refus par un jugement du 19 novembre 1992, ainsi libellé :

« (...)

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que M. Loiseau a été recruté par le proviseur du lycée professionnel Albert-Claveille de Périgueux, en qualité d'agent contractuel, (...) pendant la période du 6 novembre 1979 au 30 avril 1980; que l'intéressé a demandé communication des déclarations établies auprès de l'URSSAF relatives à son emploi pour les mois de novembre et de décembre 1979, les feuilles de paie correspondantes ainsi que les documents relatifs à son embauche; que, quelle que soit la nature exacte de l'emploi réellement exercé par M. Loiseau, la circonstance que ces documents ne se trouvaient pas au rectorat ne pouvait dispenser celui-ci de les obtenir auprès du chef d'établissement employeur, lequel était placé sous le contrôle des autorités académiques; que si le recteur allègue néanmoins avoir fait entreprendre des recherches, il n'apporte pas la preuve des diligences entreprises; qu'ainsi, il n'établit pas

qu'il était dans l'impossibilité de communiquer les documents demandés; que, dès lors, le requérant est fondé à demander l'annulation de la décision attaquée;

(...)»

Il ne fut pas interjeté appel de ce jugement.

Le 15 juillet 1993, le requérant saisit le Conseil d'Etat d'une requête tendant à ce qu'une astreinte soit prononcée à l'encontre du recteur de l'Académie de Bordeaux et du ministre de l'Education nationale, en vue de l'exécution du jugement du 19 novembre 1992.

Le Gouvernement expose que, après l'examen par la section du rapport des études et les demandes d'explications auprès du ministre de l'Education nationale formulées le 16 septembre 1993 et le 26 janvier 1994, le dossier fut adressé à la section du contentieux le 28 février 1994.

La haute juridiction rejeta cette requête par un arrêt du 14 février 1996 ainsi motivé :

« (...)

Considérant (...) qu'à la suite du jugement du 19 novembre 1992, le recteur d'académie de Bordeaux a demandé au proviseur du lycée professionnel Albert-Claveille de Périgueux de lui communiquer les documents administratifs concernant M. Loiseau qu'il pouvait détenir; que, dans une attestation du 20 janvier 1994, le proviseur du lycée professionnel a déclaré ne pas posséder les documents demandés par M. Loiseau;

Considérant qu'il ressort de ce qui précède que l'Etat ne peut être regardé comme n'ayant pas tiré toutes les conséquences du jugement du 19 novembre 1992; que M. Loiseau n'est, par suite, pas fondé à demander que des astreintes soient prononcées à son encontre;

(...)»

Le requérant n'a toujours pas obtenu les documents litigieux, malgré diverses démarches auprès de l'administration.

## B. Le droit interne pertinent

La loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal (telle que modifiée par la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000; *Journal officiel* du 13 avril 2000) contient notamment les dispositions suivantes :

### Article 1

« Le droit de toute personne à l'information est précisé et garanti par le présent titre en ce qui concerne la liberté d'accès aux documents administratifs.

(...)»

**Article 2**

«Sous réserve des dispositions de l'article 6, les autorités mentionnées à l'article 1<sup>er</sup> sont tenues de communiquer les documents administratifs qu'elles détiennent aux personnes qui en font la demande, dans les conditions prévues par le présent titre.

(...)»

**Article 4**

«L'accès aux documents administratifs s'exerce :

a) Par consultation gratuite sur place, sauf si la préservation du document ne le permet pas ;

b) Sous réserve que la reproduction ne nuise pas à la conservation du document, par la délivrance d'une copie facilement intelligible sur un support identique à celui utilisé par l'administration ou sur papier, au choix du demandeur dans la limite des possibilités techniques de l'administration et aux frais de ce dernier, sans que ces frais puissent excéder le coût de cette reproduction, dans des conditions prévues par décret.»

**Article 5**

«Une commission dite «Commission d'accès aux documents administratifs» est chargée de veiller au respect de la liberté d'accès aux documents administratifs et aux archives publiques, dans les conditions prévues par le présent titre et par le titre II de la loi n° 79-18 du 3 janvier 1979 sur les archives. Elle émet des avis lorsqu'elle est saisie par une personne qui rencontre des difficultés pour obtenir la communication d'un document administratif ou pour consulter des documents d'archives publiques, à l'exception des documents mentionnés au 3° de l'article 3 de la loi n° 79-18 du 3 janvier 1979 précitée. La saisine de la commission pour avis est un préalable obligatoire à l'exercice d'un recours contentieux.

(...)»

**Article 7**

«Le refus de communication est notifié au demandeur sous forme de décision écrite motivée.

Lorsqu'il est saisi d'un recours contentieux contre un refus de communication d'un document administratif, le juge administratif doit statuer dans le délai de six mois à compter de l'enregistrement de la requête.»

L'article 2 de la loi n° 80-539 du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public (tel que modifié par la loi n° 87-588 du 30 juillet 1987; codifié à l'article L. 911-5 du code de justice administrative) est ainsi rédigé :

«En cas d'inexécution d'une décision rendue par une juridiction administrative, le Conseil d'Etat peut, même d'office, prononcer une astreinte contre les personnes morales de droit public ou les organismes de droit privé chargés de la gestion d'un service public pour assurer l'exécution de cette décision.

(...)»

## GRIEFS

Invoquant l'article 6 § 1 de la Convention, le requérant se plaint du défaut d'exécution du jugement du 19 novembre 1992 et de la durée de la procédure engagée par lui devant le Conseil d'Etat aux fins de cette exécution.

## EN DROIT

(...)

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

5. Le Gouvernement plaide que le droit à la communication de documents administratifs, reconnu et réglementé par la loi du 17 juillet 1978, n'est pas un droit de caractère civil au sens de l'article 6 § 1. Il soutient à cet égard, d'une part, que la seule question de la communication des pièces administratives ne relève pas, en tant que telle, du champ d'application de l'article 6 et, d'autre part, que le requérant n'allègue ni n'établit que l'absence de communication des documents demandés comporte des effets directs sur l'un de ses droits de caractère civil. Il en déduit que l'article 6 § 1 n'est pas applicable en l'espèce et que la requête doit être rejetée comme étant incompatible *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention.

6. Le requérant ne se prononce pas.

7. La Cour rappelle que, pour que l'article 6 § 1 trouve à s'appliquer sous sa rubrique « civile », il faut qu'il y ait « contestation » sur un « droit » « de caractère privé » (sur ce point particulier, voir, par exemple, l'arrêt *Allan Jacobsson c. Suède (n° 1)* du 25 octobre 1989, série A n° 163, p. 20, § 72) que l'on peut prétendre, au moins de manière défendable, reconnu en droit interne. Il doit s'agir d'une « contestation » réelle et sérieuse ; elle peut concerner aussi bien l'existence même d'un droit que son étendue ou ses modalités d'exercice. L'issue de la procédure doit être directement déterminante pour le droit en question, un lien ténu ou des répercussions lointaines ne suffisant pas à faire entrer en jeu l'article 6 § 1 (voir, par exemple, l'arrêt *Balmer-Schafroth et autres c. Suisse* du 26 août 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-IV, p. 1357, § 32).

La Cour constate que, devant le tribunal administratif de Bordeaux, le requérant contestait le refus de l'administration de lui communiquer des documents administratifs relatifs aux conditions de son embauche par un lycée public. Selon elle, dans la mesure où le droit français consacre un droit individuel d'accès aux documents administratifs et donne la possibilité aux administrés qui se heurtent à un refus de l'administration

d'en saisir le juge administratif (loi n° 78-753 du 17 juillet 1978; extraits ci-dessus), le requérant soulevait une « contestation » – sans nul doute « réelle et sérieuse » – se rapportant à un « droit reconnu en droit interne ». La Cour estime par ailleurs que ce « droit » est de nature « privée » : d'une part, il s'agit d'un droit individuel dont le requérant peut se dire lui-même titulaire; d'autre part, les documents réclamés par le requérant – tous relatifs aux conditions de son embauche – se rapportaient directement et exclusivement à sa situation personnelle (voir, *a contrario*, *Syndicat CFDT des Etablissements et Arsenaux du Val-de-Marne et Vesque c. France*, n° 11678/85, décision de la Commission du 7 décembre 1987, non publiée : la Commission a jugé que le droit pour un syndicat d'obtenir de l'employeur des informations concernant une certaine catégorie de personnel n'est pas un droit de caractère civil au sens de l'article 6 § 1; voir aussi, *mutatis mutandis*, *Barry et autres c. France*, n° 14497/89, décision de la Commission du 14 octobre 1991, non publiée); la Cour relève en particulier que lesdits documents devaient permettre au requérant d'asseoir une demande visant à la reconstitution de sa carrière, ce qui confère au litige une certaine coloration patrimoniale. A cet égard, la Cour observe également que, s'il est difficile de déduire de la Convention un droit général d'accès aux données et documents de caractère administratif (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Gaskin c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, série A n° 160, p. 15, § 37), sa jurisprudence tient compte de l'importance que revêt le cas échéant la communication de ces données et documents pour la situation personnelle du demandeur (voir, sous l'angle de l'applicabilité de l'article 8 de la Convention, le même arrêt, ou l'arrêt *M.G. c. Royaume-Uni*, n° 39393/98, 24 septembre 2002). Enfin, l'issue de la procédure était « directement déterminante » pour le droit en question.

La Cour en déduit que l'article 6 § 1 était applicable à la procédure devant le tribunal administratif de Bordeaux. Par voie de conséquence, il était également applicable à la procédure devant le Conseil d'Etat visant à l'exécution du jugement rendu le 19 novembre 1992 par ce tribunal (voir, par exemple, *Scollo c. Italie*, arrêt du 28 septembre 1995, série A n° 315-C, p. 55, § 44; voir également les arrêts *Di Pede* et *Zappia c. Italie*, du 29 août 1996, *Recueil* 1996-IV, respectivement p. 1384, § 24, et pp. 1411-1412, § 20). Partant, il y a lieu de rejeter l'exception soulevée à cet égard par le Gouvernement.

(...)



LOISEAU v. FRANCE  
(Application no. 46809/99)

SECOND SECTION<sup>1</sup>

DECISION OF 18 NOVEMBER 2003<sup>2</sup>

---

1. Sitting as a Chamber composed of Mr Gaukur Jörundsson, *President*, Mr J.-P. Costa, Mr L. Loucaides, Mr C. Birsan, Mr K. Jungwiert, Mrs W. Thomassen, Mr M. Ugrehelidze, *judges*, and Mrs S. Dollé, *Section Registrar*.

2. Translation; original French. Extracts.





SUMMARY<sup>1</sup>**Applicability of Article 6 to proceedings concerning disclosure of administrative documents****Article 6 § 1**

*Applicability – Civil rights and obligations – Applicability of Article 6 to proceedings concerning disclosure of administrative documents – Genuine and serious dispute – Right recognised under domestic law – Economic nature of dispute*

\*  
\* \* \*

The applicant had replaced a permanent teacher in a secondary school. In order to be able to exercise his rights and apply for retrospective adjustment of his career, he unsuccessfully asked his employer to supply him with administrative documents relating to his recruitment and social-security contributions, and his payslips. By a judgment which became final, the administrative court set aside the refusal by the Director of Education to hand over the documents. The applicant applied to the *Conseil d'Etat* for an enforcement order, with a financial penalty in default, but this was dismissed.

*Held*

Article 6 § 1: The proceedings had concerned the disclosure of administrative documents relating to recruitment by a State secondary school. Domestic law recognised an individual right of access to such documents and allowed for an appeal to a court in the event of refusal; there had thus been a “dispute” which related to “a right recognised under domestic law” and was “genuine and serious”. The right in question was of a “private” nature; it was an individual right of which the applicant could consider himself the holder, and the requested documents related directly and exclusively to his personal situation and, in particular, would have enabled him to provide grounds for an application for retrospective adjustment of his career, which lent a certain pecuniary aspect to the dispute and supported the applicability of Article 6. Finally, the outcome of the proceedings had been “directly decisive” for the right in question. Article 6 § 1 was therefore applicable.

**Case-law cited by the Court**

*Syndicat CFDT des Etablissements et Arsenaux du Val-de-Marne and Vesque v. France*, no. 11678/85, Commission decision of 7 December 1987, unreported  
*Gaskin v. the United Kingdom*, judgment of 7 July 1989, Series A no. 160

---

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

- Allan Jacobsson v. Sweden (no. 1)*, judgment of 25 October 1989, Series A no. 163  
*Barry and Others v. France*, no. 14497/89, Commission decision of 14 October 1991, unreported  
*Scollo v. Italy*, judgment of 28 September 1995, Series A no. 315-C  
*Di Pede v. Italy*, judgment of 29 August 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV  
*Zappia v. Italy*, judgment of 29 August 1996, *Reports* 1996-IV  
*Balmer-Schafroth and Others v. Switzerland*, judgment of 26 August 1997, *Reports* 1997-IV  
*M.G. v. the United Kingdom*, no. 39393/98, 24 September 2002

...

## THE FACTS

The applicant, Mr Paul Loiseau, is a French national, who was born in 1932 and lives in La Bachellerie. The Government were represented by their Agent, Mr R. Abraham, Director of Legal Affairs at the Ministry of Foreign Affairs.

### A. The circumstances of the case

The facts of the case, as submitted by the parties, may be summarised as follows.

For six months, from November 1979 to April 1980, the applicant replaced a permanent teacher in the Albert-Claveille vocational secondary school in Périgueux. He claimed that the national education authorities had wrongly refused to grant him the status of supply teacher, failed to issue him with payslips for the months of November and December 1979, and failed to declare him to the *Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales* (the social security contribution collection agency, "the URSSAF") for those two months. In order to be able to assert his rights and apply for retrospective adjustment of his career, the applicant unsuccessfully requested the education authorities to supply him with a copy of the documents relating to his recruitment and his social security contributions (to the URSSAF), and payslips for November and December 1979. On an application by the applicant, the Committee on Access to Administrative Documents (*Commission d'accès aux documents administratifs*) ruled on 5 April 1990 that these documents were to be handed over by the Director of Education. On 15 May 1990 the Director of Education informed the applicant that the documents in question were not in his possession and that he was therefore unable to hand them over. Thereupon, the applicant lodged an appeal with the Bordeaux Administrative Court, which set aside the refusal to hand over the requested documents in a judgment of 19 November 1992, worded as follows:

"...

It appears from the documents in the file that Mr Loiseau was recruited by the headteacher of the Albert-Claveille vocational secondary school in Périgueux as an employee under contract ... for the period from 6 November 1979 to 30 April 1980. The applicant requested disclosure of the documents filed with the URSSAF concerning his employment for the months of November and December 1979, the corresponding payslips and the documents relating to his recruitment. Whatever the exact nature of the post actually held by Mr Loiseau, the fact that these documents were not in the Directorate of Education's possession did not absolve the latter from its obligation to obtain them from the head of the establishment which had provided employment and which was under the regional education authorities' jurisdiction. Although the Director

of Education alleges that a search was carried out on his orders, he has produced no evidence to this effect. Accordingly, he has not established that he was unable to produce the requested documents. The applicant is therefore justified in seeking to have the contested decision set aside.

..."

No appeal was lodged against that judgment.

On 15 July 1993 the applicant applied to the *Conseil d'Etat*, seeking an enforcement order against the Director of Education for Bordeaux and the Minister of Education in respect of the judgment of 19 November 1992, with a financial penalty in default.

The Government submitted that, following examination by the Report and Research Division and requests for an explanation from the Minister of Education on 16 September 1993 and 26 January 1994, the case was referred to the Judicial Division on 28 February 1994.

The *Conseil d'Etat* dismissed the application in a judgment of 14 February 1996, worded as follows:

"...

Following the judgment of 19 November 1992, the Director of Education for Bordeaux asked the headteacher of the Albert-Claveille vocational secondary school in Périgueux to send him any administrative documents in respect of Mr Loiseau that might be in his possession. In a written deposition of 20 January 1994, the headteacher of the vocational secondary school stated that he was not in possession of the documents requested by Mr Loiseau.

It appears from the foregoing that the State cannot be held not to have drawn all the appropriate consequences from the judgment of 19 November 1992. Consequently, Mr Loiseau's request that financial penalties be imposed on the State is unfounded.

..."

In spite of various approaches to the authorities, the applicant has yet to receive the documents in issue.

## **B. Relevant domestic law**

Law no. 78-753 of 17 July 1978 implementing various measures on the improvement of relations between the administrative authorities and the public and various administrative, social and tax provisions (as amended by Law no. 2000-321 of 12 April 2000, Official Gazette, 13 April 2000) contains, *inter alia*, the following provisions:

### **Section 1**

"Everyone's right to information shall be set out and guaranteed by the present Part in so far as it concerns freedom of access to administrative documents.

..."

## Section 2

“Subject to the provisions of section 6, the authorities mentioned in section 1 shall be obliged to communicate the administrative documents in their possession to persons who submit a request to this effect, under the procedure set out in the present Part.

...”

## Section 4

“Access to administrative documents shall take place:

(a) through free on-site consultation, except where preservation of the document does not allow for this;

(b) subject to the condition that reproduction does not jeopardise conservation of the document, through the provision of an easily legible copy using a medium identical to that used by the authorities or on paper, as selected by the requesting party, subject to the technical facilities available to the administrative authorities and at the requesting party’s expense; these costs may not exceed the cost of such reproduction, as provided for by decree.”

## Section 5

“A Committee on Access to Administrative Documents [*Commission d’accès aux documents administratifs*] shall be responsible for ensuring compliance with freedom of access to administrative documents and public archives as provided for in the present Part and in Part II of Law no. 79-18 of 3 January 1979. It shall give opinions where so requested by persons who encounter difficulties in obtaining an administrative document or in consulting documents from the public archives, with the exception of those documents mentioned in section 3(3) of the aforementioned Law no. 79-18 of 3 January 1979. Submission to the committee of a request for an opinion shall be a precondition to any appeal.

...”

## Section 7

“The requesting party shall be notified of a refusal to hand over documents in the form of a reasoned written decision.

Where it receives an appeal against a refusal to communicate an administrative document, the administrative court must rule within a time-limit of six months from the date of registration of the application.”

Section 2 of Law no. 80-539 of 16 July 1980 on the financial penalties to be imposed in administrative cases and the execution of judgments by public-law entities (as amended by Law no. 87-588 of 30 July 1987, codified as Article L. 911-5 of the Administrative Courts Code) provides:

“In the event of failure to comply with a decision by the administrative courts, the *Conseil d’Etat* may, even of its own motion, impose a financial penalty on the public-law entities or private-law bodies which are responsible for administering a public service, with a view to ensuring execution of the decision.

...”

## COMPLAINTS

Relying on Article 6 § 1 of the Convention, the applicant complained that the judgment of 19 November 1992 had not been enforced; he also complained of the length of the proceedings instituted by him before the *Conseil d'Etat* for the purpose of such enforcement.

## THE LAW

...

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

5. The Government argued that the right to disclosure of administrative documents, recognised and regulated by the Law of 17 July 1978, was not a civil right within the meaning of Article 6 § 1. In this connection, they submitted, firstly, that the very question of disclosure of administrative documents did not, as such, fall within the ambit of Article 6 and, secondly, that the applicant had neither alleged nor established that the failure to disclose the requested documents had had a direct impact on one of his civil rights. They inferred from this that Article 6 § 1 was not applicable in the present case and that the application ought to be rejected as being incompatible *ratione materiae* with the provisions of the Convention.

6. The applicant expressed no view.

7. The Court points out that, for Article 6 § 1 to be applicable under its “civil” head, there must be a “dispute” over a “private right” which can be said, at least on arguable grounds, to be recognised under domestic law (on this particular point, see, for example, *Allan Jacobsson v. Sweden (no. 1)*, judgment of 25 October 1989, Series A no. 163, p. 20, § 72). The “dispute” must be genuine and serious; it may relate not only to the actual existence of a right but also to its scope and the manner of its exercise. The outcome of the proceedings must be directly decisive for the right in question, mere tenuous connections or remote consequences being insufficient to bring Article 6 § 1 into play (see, for example, *Balmer-Schafroth and Others v. Switzerland*, judgment of 26 August 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-IV, p. 1357, § 32).

The Court notes that the applicant appealed to the Bordeaux Administrative Court against the administrative authorities’ refusal to communicate to him administrative documents relating to the circumstances of his recruitment by a State secondary school. In the Court’s opinion, to the extent that French law enshrines an individual right of access to administrative documents and entitles members of the public,

when confronted with a refusal on the part of the authorities, to appeal to the administrative court (Law no. 78-753 of 17 July 1978; see the extracts above), the applicant raised a “*contestation*” (dispute), which was undoubtedly “genuine and serious” and related to a “a right recognised under domestic law”. Further, the Court considers that this “right” is of a “private” nature: firstly, it concerns an individual right of which the applicant may consider himself the holder; secondly, the documents requested by the applicant, all of which concerned the circumstances of his recruitment, related directly and exclusively to his personal situation (see *Syndicat CFDT des Etablissements et Arsenaux du Val-de-Marne and Vesque v. France*, no. 11678/85, Commission decision of 7 December 1987, unreported, in which, conversely, the Commission ruled that a trade union’s right to obtain information from an employer concerning a specific category of staff was not a civil right within the meaning of Article 6 § 1; see also, *mutatis mutandis*, *Barry and Others v. France*, no. 14497/89, Commission decision of 14 October 1991, unreported). In particular, the Court notes that the documents in question would have enabled the applicant to provide grounds for an application for retrospective adjustment of his career, which lends a certain pecuniary aspect to the dispute. In this connection, the Court also notes that, whilst it is difficult to derive from the Convention a general right of access to administrative data and documents (see, *mutatis mutandis*, *Gaskin v. the United Kingdom*, judgment of 7 July 1989, Series A no. 160, p. 15, § 37), its case-law takes into account the importance, where appropriate, of the disclosure of such data and documents for the applicant’s personal situation (see, regarding the applicability of Article 8 of the Convention, the same judgment, or *M.G. v. the United Kingdom*, no. 39393/98, 24 September 2002). Finally, the outcome of the proceedings was “directly decisive” for the right in question.

The Court concludes from the foregoing that Article 6 § 1 was applicable to the proceedings before the Bordeaux Administrative Court. As a result, it was also applicable to the proceedings before the *Conseil d’Etat* for enforcement of the judgment delivered by that court on 19 November 1992 (see, for example, *Scollo v. Italy*, judgment of 28 September 1995, Series A no. 315-C, p. 55, § 44; see also *Di Pede and Zappia v. Italy*, judgments of 29 August 1996, *Reports* 1996-IV, p. 1384, § 24, and pp. 1411-12, § 20, respectively). Accordingly, the objection raised by the Government in that respect must be dismissed.

...





ZOLLMANN v. THE UNITED KINGDOM  
(*Application no. 62902/00*)

THIRD SECTION<sup>1</sup>

DECISION OF 27 NOVEMBER 2003<sup>2</sup>

---

1. Sitting as a Chamber composed of Mr I. Cabral Barrcto, *President*, Sir Nicolas Bratza, Mr P. Kūris, Mr R. Türmen, Mr J. Hedigan, Mrs M. Tsatsa-Nikolovska, Mrs H.S. Greve, *judges*, and Mr V. Berger, *Section Registrar*.

2. English original.



SUMMARY<sup>1</sup>**Parliamentary immunity attaching to allegedly defamatory statements made by a Minister of State in Parliament****Article 6 § 1**

*Access to a court – Civil proceedings – Parliamentary immunity attaching to allegedly defamatory statements made by a Minister of State in Parliament – Protection of free speech in Parliament – Separation of powers – Proportionality – Absolute nature of privilege – Margin of appreciation – Seriousness of allegations and repercussions on business*

**Article 6 § 2**

*Presumption of innocence – Parliamentary immunity attaching to allegedly defamatory statements made by a Minister of State in Parliament – Criminal offence – Relevance of United Nations Security Council resolution to existence of “international offence” – Absence of sufficient links between statements in Parliament and criminal proceedings abroad*

\*  
\* \*

The two applicants, Belgian nationals, are brothers who run an international diamond business in Antwerp. In 1998 the United Nations Security Council imposed an embargo on the export of diamonds by UNITA (Union for the Total Independence of Angola) due to its role in the civil war in Angola. The British government adopted legislation to give effect to the sanctions. In 2000 a Minister of State, speaking in the House of Commons, named the applicants as having broken the United Nations sanctions by exporting diamonds to Antwerp for UNITA. The minister’s declaration was reported by the press. A criminal investigation against the applicants was opened in Belgium but no charges were brought against them. One of the applicants requested the minister to retract his allegations publicly or to waive the parliamentary privilege attaching to his statements, which would permit him to take proceedings in the courts. The minister did neither. The applicants claim that his statements harmed their reputation and business.

*Held*

(1) Article 6 § 1: The immunity attaching to statements made in Parliament pursued the legitimate aims of protecting free speech in Parliament and maintaining the separation of powers (see *A. v. the United Kingdom*). Moreover, the immunity was proportionate, notwithstanding its absolute nature. Immunity in

---

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

the United Kingdom is kept within well-defined limits, in particular attaching only to statements made in the course of parliamentary debates, which are moreover under the general control of the Speaker. While this did not serve to prevent or sanction the statement made in the present case, the application of parliamentary immunity could not in all the circumstances be said to have exceeded the margin of appreciation allowed to States in limiting access to a court. The seriousness of the allegations against the applicants and the damaging repercussions which they claim they had on their business could not alter this conclusion.

(2) Article 6 § 2: The applicants were not charged with any criminal offence in the United Kingdom and it was not apparent that a United Nations Security Council resolution was sufficient in itself to create a prosecutable “international offence”. It could not be maintained that the applicants had been charged with a “criminal offence” for the purposes of Article 6 § 2. Moreover, no close link had been established between the statements of the minister and any significant procedural steps taken overseas which might be regarded as sufficient to bring the notion of “charged with a criminal offence” into play.

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

- Minelli v. Switzerland*, judgment of 25 March 1983, Series A no. 62  
*James and others v. the United Kingdom*, judgment of 21 February 1986, Series A no. 98  
*Sekanina v. Austria*, judgment of 25 August 1993, Series A no. 266-A  
*Allenel de Ribemont v. France*, judgment of 10 February 1995, Series A no. 308  
*Waite and Kennedy v. Germany* [GC], no. 26083/94, ECHR 1999-I  
*Camp and Bourimi v. the Netherlands*, no. 28369/95, ECHR 2000-X  
*Jerusalem v. Austria*, no. 26958/95, ECHR 2001-II  
*Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], no. 35763/97, ECHR 2001-XI  
*Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, ECHR 2002-III  
*A. v. the United Kingdom*, no. 35373/97, ECHR 2002-X  
*Cordova v Italy (no. 1)*, no. 40877/98, ECHR 2003-I  
*Hammern v. Norway*, no. 30287/96, 11 February 2003  
*O. v. Norway*, no. 29327/95, ECHR 2003-II  
*Ringvold v. Norway*, no. 34964/97, ECHR 2003-II  
*Y. v. Norway*, no. 56568/00, ECHR 2003-II

...

## THE FACTS

The applicants, Stéphane David and Maurice Zollmann, are Belgian nationals, who were born in 1959 and 1963 respectively and have given addresses in Belgium and South Africa. They were represented before the Court by Mr N. Angelet, a lawyer practising in Brussels.

### A. The circumstances of the case

The facts of the case, as submitted by the parties, may be summarised as follows.

The applicants, who are brothers, run an international diamond business, which involved, *inter alia*, importing diamonds to the family business in Antwerp, Belgium. They have stated that in autumn 1997 the family business decided not to import diamonds from African countries which were in the grip of civil war or political instability.

By Resolution 1173 (1998) of 12 June 1998, the United Nations (UN) Security Council imposed an embargo on the export of diamonds by UNITA (Union for the Total Independence of Angola), due to that organisation's role in the continuing war in Angola. In paragraph 21, it requested States to take measures against persons or bodies which violated the sanctions and to impose appropriate penalties. On 8 July 1998 the European Union formally adopted sanctions, binding on its member States. By August 1998, the United Kingdom and Belgium had adopted legislation to give effect to Resolution 1173. The legislation adopted in the United Kingdom prohibited the importation into the United Kingdom of diamonds from Angola, unless certified by the Angolan government.

On 20 September 1999, in answer to a parliamentary question, Mr Peter Hain, the Minister of State responsible for Africa at the Foreign and Commonwealth Office, gave a written reply stating, *inter alia*;

“We fully support UN sanctions against UNITA ... We have also called for stricter enforcement of sanctions by all UN member States ... The UK fully implements UN sanctions decided upon by the Security Council ... Information concerning potential breaches of sanctions by UK nationals or companies is passed immediately to the appropriate UK enforcement authorities.”

On 18 January 2000, in answer to further questions about government measures to enforce the UN sanctions, Mr Hain stated:

“It is vital that private individuals and companies engaged in breaking the law by deliberately breaching the UN sanctions on UNITA are stopped. I can inform the House that we are referring to the UN Sanctions Committee and its expert panels the details of three such individuals which we hope that they will be able to follow up ...”

On 17 February 2000 Mr Hain stated in Parliament:

“We are ready to name, shame and take action where we can on those who break sanctions. For example, we would take action in respect of the illegal provision of UNITA with supplies, without which it could not keep on fighting in Angola. I have named in the House several people included in breaking UN sanctions by supplying UNITA and I shall now name more. David Zollmann is involved in exporting diamonds to Antwerp for UNITA. Based in Rundu, Namibia, Zollmann paid a monthly fee to Namibian officials to enable him to operate without interference. We estimate that in 1999 Zollmann was moving \$4 million worth of diamonds per month. His brother, Maurice Zollmann, is carrying out similar activity for UNITA in South Africa. Hennie Steyn, a South African pilot, flies diamonds for Maurice Zollmann from Angola, via Congo Brazzaville ... Those individuals are making money out of misery. It is vital that all the governments, agencies and companies where they operate take urgent action to stop their illegal activities ... We have passed these names to the UN and in particular to ambassador Robert Fowler, for his work on the Sanctions Committee responsible for tackling UNITA and Angola generally.”

This declaration was published in the Hansard House of Commons Debates and was available on the parliamentary website. The press reported on the matter – giving the names of the persons mentioned in the declaration – in a release from Reuters on 17 February 2000 taken up by CNN, an article in the *Guardian* on 18 February 2000 and an article in the Namibian newspaper *Windhoek Observer* on 11 March 2000. Mr Hain’s declaration was repeated in the South African parliament by the Deputy Minister for Foreign Affairs on 15 March 2000.

The applicants stated that an investigation into the allegations was opened by the *parquet* in Antwerp in February 2000. No proceedings have ensued. They have provided a letter dated 8 November 2000 from the Antwerp *procureur* stating that the investigation had been closed with a decision not to prosecute or issue charges. A letter (undated but apparently sent in June) from the Belgian Minister for Foreign Affairs to a Belgian member of Parliament stated that the British secret service had provided information to the Belgian secret service but that it had not been established on the basis of that information that David Zollmann was guilty of the acts of which Mr Peter Hain had accused him.

By a letter dated 28 February 2000, the first applicant wrote to Mr Peter Hain denying the facts imputed by the Minister and requesting a meeting with himself and his brother. On 8 March 2000 Mr Peter Hain replied that he stood by the statement which he had made, that the matter was in the hands of the UN Sanctions Committee and that he saw no need for a meeting.

On 28 February 2000 the Panel of Experts assisting the UN Angola Sanctions Committee stated in a report that it had received information from several sources that David Zollmann had been involved in importing diamonds to Antwerp for UNITA and that similar allegations had been

made publicly. It considered that further investigation was warranted and passed on the information to the chairman of the committee.

On 12 July 2000, following disclosure of the letter by the Belgian Minister for Foreign Affairs, the first applicant's counsel wrote to Mr Peter Hain, requesting him to retract his allegations publicly and meet with the first applicant on his visit to Antwerp in July 2000 or, alternatively, to waive the parliamentary privilege attaching to his statements in order to permit the first applicant to take proceedings in the courts. No reply was received to this letter.

In a report by the Monitoring Mechanism on Angola Sanctions dated 21 December 2000, a detailed analysis of the status of the sanctions on diamond trading in the region was made. David Zollmann was named as the junior partner in Glasol, the Antwerp firm which had created the Cuango Mining Corporation that had been the largest mining operation in the Cuango valley before the imposition of sanctions. In an additional report of 16 April 2001 on enforcement of the sanctions, no mention was made of either applicant.

Since then, the applicants have alleged that the blemish on their reputation has led to other businesses refusing to trade with them, providing in particular two letters referring to the appearance of the name of one of the applicants in UN documents concerning diamond smuggling.

## **B. Relevant domestic law and practice**

### *1. Privilege*

Words spoken by MPs in the course of debates in the House of Commons are protected by absolute privilege. This is provided by Article 9 of the Bill of Rights 1689, which states:

“... the freedom of speech and debates or proceedings in Parlyament ought not to be impeached or questioned in a court or place out of Parlyament.”

The effect of this privilege was described by Lord Chief Justice Cockburn in *Ex parte Watson* (1869) Queen's Bench 573 at 576:

“It is clear that statements made by Members of either House of Parliament in their places in the House, though they might be untrue to their knowledge, could not be made the foundation of civil or criminal proceedings, however injurious they might be to the interest of a third party.”

Statements made by MPs outside the Houses of Parliament are subject to the ordinary laws of defamation and breach of confidence, save where they are protected by qualified privilege.

The question whether or not qualified privilege applies to statements made in any given political context turns upon the public interest. In *Reynolds v. Times Newspapers Ltd* [2001] 2 Appeal Cases 127, which con-

cerned allegations made in the British press about an Irish political crisis in 1994, Lord Nicholls of Birkenhead stated in the House of Lords, at page 204:

“The common law should not develop ‘political information’ as a new ‘subject matter’ category of qualified privilege, whereby the publication of all such information would attract qualified privilege, whatever the circumstances. That would not provide adequate protection for reputation. Moreover, it would be unsound in principle to distinguish political discussion from discussion of other matters of serious political concern. The elasticity of the common law principle enables interference with freedom of speech to be confined to what is necessary in the circumstances of the case. This elasticity enables the court to give appropriate weight, in today’s conditions, to the importance of freedom of expression by the media on all matters of public concern.

Depending on the circumstances, the matters to be taken into account include the following. The comments are illustrative only. 1. The seriousness of the allegation. The more serious the charge, the more the public is misinformed and the individual harmed, if the allegation is not true. 2. The nature of the information, and the extent to which the subject matter is a matter of public concern. 3. The source of the information. Some informants have no direct knowledge of the events. Some have their own axes to grind, or are being paid for their stories. 4. The steps taken to verify the information. 5. The status of the information. The allegations may have already been the subject of an investigation which commands respect. 6. The urgency of the matter. News is often a perishable commodity. 7. Whether comment was sought from the plaintiff. He may have information others do not possess or have not disclosed. An approach to the plaintiff will not always be necessary. 8. Whether the article contained the gist of the plaintiff’s side of the story. 9. The tone of the article. A newspaper can raise queries or call for an investigation. It need not adopt allegations as statements of fact. 10. The circumstances of the publication, including the timing.”

Press coverage, to the extent that it fairly and accurately reports parliamentary debates, is generally protected by a form of qualified privilege which is lost only if the publisher has acted “maliciously”. “Malice”, for this purpose, is established where the report concerned is published for improper motives or with “reckless indifference” to the truth. A failure to make proper enquiries is not sufficient in itself to establish malice, but it may be evidence from which malice (in the sense of reckless indifference to the truth) can reasonably be inferred.

MPs can waive the absolute immunity which they enjoy in Parliament as a result of section 13 of the Defamation Act 1996, which provides:

“(1) Where the conduct of a person in or in relation to proceedings in Parliament is in issue in defamation proceedings, he may waive for the purposes of those proceedings, so far as concerns him, the protection of any enactment or rule of law which prevents proceedings in Parliament being impeached or questioned in any court or place out of Parliament.

(2) Where a person waives that protection –

(a) any such enactment or rule of law shall not apply to prevent evidence being given, questions being asked or statements, submissions, comments or findings being made about his conduct, and



(b) none of those things shall be regarded as infringing the privilege of either House of Parliament.

(3) The waiver by one person of that protection does not affect its operation in relation to another person who has not waived it.

(4) Nothing in this section affects any enactment or rule of law so far as it protects a person (including a person who has waived the protection referred to above) from legal liability for words spoken or things done in the course of, or for the purposes of or incidental to, any proceedings in Parliament."

General control is exercised over debates by the Speaker of each House of Parliament. Each House has its own mechanisms for disciplining members who deliberately make false statements in the course of debates. Deliberately misleading statements are punishable by Parliament as a contempt. Alternatively, as the Parliamentary Select Committee on Procedure (1988-89) has observed:

"... there already exists a wide range of avenues which can be pursued by an aggrieved person who wishes to correct or rebut remarks made about him in the House. He can approach his Member of Parliament with a view to his tabling an Early Day Motion, or an amendment where appropriate; there may be cases which can be raised through Questions if some ministerial responsibility can be established; he can petition the House, through a Member; and he can approach directly the Member who made the allegations in the hope of persuading him that they are unfounded and that a retraction would be justified. We believe that in these circumstances, the House would not expect a rigid adherence to the convention that one Member does not take up a case brought by the constituent of another, particularly if the latter was the source of the statement complained of, and so long as the courtesies of proper notification were observed."

## *2. Report of the Joint Committee on Parliamentary Privilege*

A joint committee of both Houses of Parliament was set up in July 1997 and tasked with reviewing the law of parliamentary privilege. The committee received written and oral evidence from a wide variety of sources from within the United Kingdom and abroad and held fourteen sessions of evidence in public. Its report was published in March 1999. Chapter 2 sets out its conclusions on parliamentary immunity:

"38. The immunity is wide. Statements made in Parliament may not even be used to support a cause of action arising out of Parliament, as where a plaintiff suing a member for an alleged libel on television was not permitted to rely on statements made by the member in the House of Commons as proof of malice. The immunity is also absolute: it is not excluded by the presence of malice or fraudulent purpose. Article 9 protects the member who knows what he is saying is untrue as much as the member who acts honestly and responsibly. ... In more precise legal language, it protects a person from legal liability for words spoken or things done in the course of, or for the purposes of or incidental to, any proceedings in Parliament.

39. A comparable principle exists in court proceedings. Statements made by a judge or advocate or witness in the course of court proceedings enjoy absolute privilege at common law against claims for defamation. The rationale in the two cases is the same. The public interest in the freedom of speech in the proceedings, whether parliamentary or judicial, is of a high order. It is not to be imperilled by the prospect of subsequent inquiry into the state of mind of those who participate in the proceedings even though the price is that a person may be defamed unjustly and left without a remedy.

40. It follows that we do not agree with those who have suggested that members of Parliament do not need any greater protection against civil actions than the qualified privilege enjoyed by members of elected bodies in local government. Unlike members of Parliament, local councillors are liable in defamation if they speak maliciously. We consider it of utmost importance that there should be a national public forum where all manner of persons, irrespective of their power or wealth, can be criticised. Members should not be exposed to the risk of being brought before the courts to defend what they said in Parliament. Abuse of parliamentary freedom of speech is a matter for internal self-regulation by Parliament, not a matter for investigation and regulation by the courts. The legal immunity principle is as important today as ever. The courts have a duty not to erode this essential constitutional principle."

### **C. The Council of Europe and the European Union**

Article 40 of the Statute of the Council of Europe provides:

"(a) The Council of Europe, representatives of members and the Secretariat shall enjoy in the territories of its members such privileges and immunities as are reasonably necessary for the fulfilment of their functions. These immunities shall include immunity for all representatives to the Consultative Assembly from arrest and all legal proceedings in the territories of all members, in respect of words spoken and votes cast in the debates of the Assembly or its committees or commissions.

(b) The members undertake as soon as possible to enter into agreement for the purpose of fulfilling the provisions of paragraph (a) above. For this purpose the Committee of Ministers shall recommend to the governments of members the acceptance of an agreement defining the privileges and immunities to be granted in the territories of all members. In addition, a special agreement shall be concluded with the Government of the French Republic defining the privileges and immunities which the Council shall enjoy at its seat."

In pursuance of paragraph (b) above, the member States, on 2 September 1949, entered into the General Agreement on Privileges and Immunities of the Council of Europe. This provides, in its relevant parts, as follows:

#### **Article 14**

"Representatives to the Consultative Assembly and their substitutes shall be immune from all official interrogation and from arrest and from all legal proceedings in respect of words spoken or votes cast by them in the exercise of their functions."

### Article 15

“During the sessions of the Consultative Assembly, the Representatives to the Assembly and their substitutes, whether they be members of Parliament or not, shall enjoy:

(a) on their national territory, the immunities accorded in those countries to members of Parliament;

(b) on the territory of all other member States, exemption from arrest and prosecution.

...”

Article 5 of the Protocol to the General Agreement on Privileges and Immunities of the Council of Europe provides:

“Privileges, immunities and facilities are accorded to the representatives of members not for the personal benefit of the individuals concerned, but in order to safeguard the independent exercise of their functions in connection with the Council of Europe. Consequently, a member has not only the right but the duty to waive the immunity of its representative in any case where, in the opinion of the member, the immunity would impede the course of justice and it can be waived without prejudice to the purpose for which the immunity is accorded.”

Article 9 of the Protocol on the Privileges and Immunities of the European Communities, adopted in accordance with Article 28 of the Treaty establishing a Single Council and a Single Commission of the European Communities, provides:

“Members of the European Parliament shall not be subject to any form of inquiry, detention or legal proceedings in respect of opinions expressed or votes cast by them in the performance of their duties.”

## COMPLAINTS

The applicants complained under Article 6 § 2 of the Convention that Mr Peter Hain had declared before the House of Commons that they were guilty of breaching the UN embargo on diamond trading with UNITA and of having bribed Namibian officials.

They complained under Article 6 § 1 of the Convention that they were unable to sue Mr Peter Hain in court for defamation. There was no other recourse open to them to refute the minister’s allegations.

They complained under Article 8 of the Convention that the declaration in the House of Commons, which was not based on any legally established fact, constituted an attack on their reputation and was defamatory. The publication of information relating to them was also in breach of their right to respect for their private life. They also complained that Mr Peter Hain had not replied to their request that he meet with them or given them an opportunity to rebut his allegations.

They complained under Article 14 of the Convention taken in conjunction with Articles 6 § 2 and 8, that they had been subjected to “naming and shaming” as they were not United Kingdom nationals, Mr Peter Hain having stated that the policy in respect of United Kingdom individuals and companies was for any information about alleged breaches of the UN embargo to be passed on to the appropriate United Kingdom enforcement body.

Finally, they relied on Article 13 of the Convention, complaining that they had no effective remedy available to them in respect of the breaches of Articles 6 § 2 and 8 mentioned above.

## THE LAW

1. The applicants complained that the statements by Mr Peter Hain in the House of Commons breached Article 6 § 2 of the Convention, which provides:

“Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.”

### (a) The parties’ submissions

The Government submitted that the criminal guarantees of Article 6, in particular the presumption of innocence, were inapplicable at the time of the Minister’s speech, as there were no criminal proceedings on foot or intended. Nor was there any realistic possibility of such proceedings ever taking place in the United Kingdom, as the allegation was that the applicants had been engaged in the importation of UNITA diamonds into Antwerp, which was not an offence in the United Kingdom, where the criminal law only applied to importation into the United Kingdom. The presumption of innocence existed to protect the fairness of actual or contemplated proceedings and, for Article 6 § 1 to be applicable, the person affected must have been “charged” with a criminal offence within the extended Convention meaning of that expression. At least some steps must have been taken towards the initiation of a prosecution. In this case, the applicants were not “substantially affected” by a criminal allegation against them within the meaning of Article 6. Even if the provision was applicable, it had to be interpreted in a manner taking into account the principle of parliamentary privilege, the importance of which had been acknowledged in *A. v. the United Kingdom* (no. 35373/97, ECHR 2002-X) and which would otherwise be undermined or defeated.

The applicants submitted that Article 6 § 2 applied even where no criminal proceedings were pending or possible in the United Kingdom, citing *Allenet de Ribemont v. France* (judgment of 10 February 1995, Series A no. 308) as indicating that the provision applied even outside criminal

proceedings, to protect the alleged suspect from hostile public opinion and prevent substitution of non-judicial statements for penal decisions. Even if proceedings were not possible in the criminal courts of the United Kingdom, Mr Peter Hain had accused them of an international offence and, contrary to the principle of separation of powers, had made himself effectively the tribunal declaring their guilt and imposing a punitive sanction intended to have repercussions on their business and reputation. Further, the accusations contributed to the opening of criminal investigations into the applicants in Namibia, Belgium and South Africa. The Government could not rely on the principle of parliamentary immunity as necessarily bringing the matter outside the scope of Article 6 § 2, as this was not an absolute justification in Convention terms but could be outweighed by other fundamental interests, as in this case, where the applicants were seriously prejudiced and had no means of obtaining redress and the exposure did not pursue any proper legislative purpose.

**(b) The Court's assessment**

*(i) General principles*

The presumption of innocence enshrined in paragraph 2 of Article 6 is one of the elements of the fair criminal trial required by paragraph 1 (see *Alленet de Ribemont*, cited above, p. 16, § 35). It prohibits the premature expression by the tribunal itself of the opinion that the person charged with the criminal offence is guilty before he has been so proved according to law (see *Minelli v. Switzerland*, judgment of 25 March 1983, Series A no. 62, where the assize court hearing the criminal case found the prosecution time-barred but went on nonetheless to decide, for the purpose of apportioning costs, whether, had the prosecution continued, the applicant would have been found guilty). It also covers statements made by other public officials about pending criminal investigations which encourage the public to believe the suspect guilty and prejudge the assessment of the facts by the competent judicial authority (see *Alленet de Ribemont*, cited above, p. 17, § 41, where remarks were made by a minister and a police superintendent to the press naming without qualification the applicant, arrested on that day, as an accomplice in murder).

Article 6 § 2 may also be applicable where the criminal proceedings proper have ended in an acquittal and other courts issue decisions voicing the continued existence of suspicion regarding the accused's innocence or otherwise casting doubt on the correctness of the acquittal (see, for example, *Sekanina v. Austria*, judgment of 25 August 1993, Series A no. 266-A, pp. 15-16, § 30; *Hammern v. Norway*, no. 30287/96, § 48, 11 February 2003, and *O. v. Norway*, no. 29327/95, § 40, ECHR 2003-II (concerning respectively an acquitted accused's application for costs and a compensation claim for alleged damage); and *Y. v. Norway*, no. 56568/00,

§ 46, ECHR 2003-II (concerning proceedings brought by the alleged victim of a crime for compensation from the acquitted accused)).

The subsequent procedure must, however, be linked with the issue of criminal responsibility in such a manner as to bring the proceedings within the scope of Article 6 § 2. In *Sekanina* (cited above, p. 13, § 22) the Court noted that Austrian legislation and practice linked the two questions – the criminal responsibility of the accused and the right to compensation – to such a degree that the decision on the latter issue could be regarded as a consequence and, to some extent, the concomitant of the decision on the former (see also *Hammern*, cited above, § 46, where the compensation claim not only followed the criminal proceedings in time but were tied to those proceedings in legislation and practice). Similarly, in *Y. v. Norway* (cited above, §§ 43-46) the reasoning and words of the civil court created a clear link between the criminal case and the compensation proceedings (see, *mutatis mutandis*, *Ringvold v. Norway*, no. 34964/97, ECHR 2003-II, where Article 6 § 2 was not applicable as the compensation proceedings could not be regarded as a consequence or concomitant of the criminal proceedings).

(ii) *Application to the present case*

The Court has accordingly examined whether the applicants may be regarded in the circumstances of this case as “charged with a criminal offence” for the purposes of Article 6 § 2 when Mr Peter Hain declared in Parliament that they were involved in exporting diamonds from Angola in breach of UN sanctions.

The applicants were not charged with any criminal offence in the United Kingdom. As the Government have pointed out, their alleged activities did not fall within the jurisdiction of the United Kingdom courts, the legislation imposing criminal penalties covering only importation of diamonds into the United Kingdom. Therefore, at the time Mr Peter Hain made his statement in the House of Commons, it is not apparent that there was any pending or intended criminal investigation into a prosecutable offence within the United Kingdom, of which his statements might be regarded as prejudging the outcome.

The applicants argued that this was not decisive, as, by making the statement, Mr Peter Hain had set himself up as a *de facto* tribunal determining their guilt and handing out a punishment of “naming and shaming” in respect of what was in essence an international offence. The Court observes that the United Nations Security Council had adopted a resolution imposing an embargo on the export of diamonds by UNITA, in which it requested States to take measures against persons or organisations which breached it. The European Union subsequently adopted measures which required its members to enforce the prohibition. How-

ever, it is not apparent to the Court that a resolution of the Security Council is sufficient in itself to create an "international offence" that is prosecutable. No international tribunal appears to have competence to prosecute sanction infringements (the UN Sanctions Committee is a monitoring and investigative body, but not a judicial one) and it would seem that the United Nations relies on member States to act within the framework of their own criminal-law jurisdictions. The Court is accordingly not persuaded that Mr Peter Hain's reference to the breaching of UN sanctions could produce effects on any plane of international criminal jurisdiction. Nor, however damning his statement might have been, could he be regarded as having acted as a judicial body or having determined criminal charges himself.

The applicants have also claimed that the statement in the United Kingdom parliament should be regarded as linked to the criminal investigations into the allegations which, they said, were opened as a result in Belgium, Namibia and South Africa. Sparse information is provided about these procedures, although it is apparent that no prosecuting authority in these countries considered it appropriate to bring any charges against the applicants or to commence a prosecution. It seems that a police investigation was closed by the Antwerp *procureur* with a decision not to prosecute or bring charges. It is not apparent that either of the applicants was contacted or questioned or that any steps were taken to obtain evidence from business premises or any person connected with them. The letter from the Belgian Minister for Foreign Affairs provided by the applicants refers to information passed between the United Kingdom and Belgian secret services and not to any substantive criminal investigation by prosecution authorities. The Court does not consider therefore that any close link – in legislation, practice or fact – has been established between the statement made in Parliament and any significant criminal procedural steps taken overseas which might be regarded as sufficient to render the applicants "charged with a criminal offence" for the purposes of Article 6 § 2 of the Convention.

The Court observes from the applicants' submissions that they have no objection as such to the United Kingdom transmitting information to Belgian authorities or to the UN Sanctions Committee about purported breaches of UN sanctions. The essence of their complaint is that Mr Peter Hain announced incorrect facts about their involvement in such breaches in a forum attracting considerable publicity harmful to their business and reputation and where he enjoyed immunity from prosecution. Article 6 § 2 of the Convention, in its relevant aspect, is aimed at preventing the fairness of criminal proceedings being undermined by prejudicial statements made in close connection with those proceedings. Where no such proceedings are pending or have been instituted, statements attributing criminal or other reprehensible conduct fall rather to

be considered in terms of the protection against defamation and adequate access to a court for the determination of civil rights, raising potential issues under Articles 8 and 6 of the Convention.

The Court concludes therefore that Article 6 § 2 of the Convention is not applicable. It follows that this part of the application is incompatible *ratione materiae* with the provisions of the Convention, within the meaning of Article 35 § 3, and must therefore be rejected in accordance with Article 35 § 4.

2. The applicants complained under Article 6 § 1 of the Convention that they had been unable to bring defamation proceedings against Mr Peter Hain. The relevant part of Article 6 § 1 provides:

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

**(a) The parties' submissions**

The Government accepted that Article 6 § 1 was applicable to the applicants' complaints that they were unable to bring defamation proceedings against the minister. However, the rule of absolute privilege fully satisfied the tests for determining compatibility with Article 6 § 1 as it pursued very important aims, including the protection of free speech in Parliament, in a manner proportionate to the constitutional significance of the public interests at stake. As found by the Court in *A. v. the United Kingdom* (cited above), the creation of exceptions to the rule would seriously undermine the legitimate aims that the privilege exists to protect.

The applicants submitted that the restriction on access to a court was disproportionate and impaired the essence of the right. It could not be said, as in *A. v. the United Kingdom*, that any alternative means of redress was available. As they were not British citizens, there was no possibility of their constituency MP or likelihood of any other MP taking up their complaint in Parliament internally. While deliberately misleading statements could be punished as contempt, this would require the applicants in effect to prove their innocence, which would defeat the purpose of the Convention. Article 6 § 1 had also been breached in that Mr Peter Hain had set himself up as an effective criminal tribunal, judging and punishing them, contrary to the principle of the separation of powers.

**(b) The Court's assessment**

The present case raises similar, though not identical, issues and complaints under Article 6 § 1 as *A. v. the United Kingdom*. The Court adopts its reasoning in that case that, as the central issues of legitimate aim and proportionality which arise under the applicants' procedural complaint under Article 6 § 1 of the Convention are the same as those



that arise in relation to the applicants' substantive complaint going to the right to respect for private life under Article 8, it may proceed on the basis that Article 6 § 1 is applicable to the facts of the case.

As regards compliance with the requirements of Article 6 § 1, in particular whether the applicants have been denied access to a court by the operation of parliamentary immunity, the Court reiterates that right of access to a court is not absolute, but may be subject to limitations. These are permitted by implication since the right of access by its very nature calls for regulation by the State. In this respect, the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation, although the final decision as to the observance of the Convention's requirements rests with the Court. It must be satisfied that the limitations applied do not restrict or reduce the access left to the individual in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired. Furthermore, a limitation will not be compatible with Article 6 § 1 if it does not pursue a legitimate aim and if there is no reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved (see, among other cases, *Waite and Kennedy v. Germany* [GC], no. 26083/94, § 59, ECHR 1999-I).

In *A. v. the United Kingdom*, the Court was satisfied that the immunity given to statements made by members of Parliament within the House of Commons pursued the legitimate aims of protecting free speech in Parliament and maintaining the separation of powers between the legislature and the judiciary.

As regards the proportionality of the immunity enjoyed by MPs, the Court found that, notwithstanding the absolute nature of the immunity, it was compatible with the Convention. It had regard to the special importance of safeguarding the freedom of expression of the elected representatives of the people, stating that, in a democracy, Parliament or such comparable bodies are the essential fora for political debate and that very weighty reasons must be advanced to justify interfering with the freedom of expression exercised therein (see, for example, *Jerusalem v. Austria*, no. 26958/95, §§ 36 and 40, ECHR 2001-II). It also noted that most, if not all, Contracting States to the Convention had in place some form of immunity for members of their national legislatures and that privileges and immunities were granted to, *inter alios*, representatives to the Parliamentary Assembly of the Council of Europe and members of the European Parliament. It concluded that a rule of parliamentary immunity which was consistent with and reflected generally recognised rules within Contracting States, the Council of Europe and the European Union could not in principle be regarded as imposing a disproportionate restriction on the right of access to a court as embodied in Article 6 § 1 (see, *mutatis mutandis*, *Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], no. 35763/97, § 56, ECHR 2001-XI). Just as the right of access to a court was an inherent

part of the fair trial guarantee in that Article, so some restrictions on access must likewise be regarded as inherent, an example being those limitations generally accepted by the community of nations as part of the doctrine of parliamentary immunity (*ibid.*).

The applicants argued that their case could be distinguished from *A. v. the United Kingdom* as in its judgment the Court had regard to the fact that the applicant was not deprived of all possible redress, since an MP could have taken up her complaints and petitioned in Parliament for a retraction. As foreigners accused of serious wrongdoing, it was hardly likely that this would be possible in their case. The Court is not persuaded, however, that this possibility was decisive for its reasoning in *A. v. the United Kingdom*, particularly since, on the facts of the case, no such petition was made. The Court finds no reason to depart from its assessment as to the proportionality of the immunity. More importantly in that context it may be observed that the immunity afforded to MPs in the United Kingdom appears to be narrower than that afforded to members of national legislatures in certain other Contracting States, to representatives to the Parliamentary Assembly of the Council of Europe or to members of the European Parliament. In particular, the immunity attaches only to statements made in the course of parliamentary debates on the floor of the House of Commons or House of Lords. No immunity attaches to statements made outside Parliament or to an MP's press statements published prior to parliamentary debates, even if their contents are repeated subsequently in the debate itself. This indicates that the immunity is kept within well-defined limits, such as to achieve the purposes for which it is required without lapsing into unnecessarily blanket protection (see *Cordova v. Italy (no. 1)*, no. 40877/98, §§ 62-63, ECHR 2003-I). That members cannot act with impunity even within Parliament is shown by the fact that, in extreme cases, deliberately misleading statements may be punishable by Parliament as a contempt, while general control is exercised over debates by the Speaker of each House. It is true that neither of these aspects served to prevent, or sanction, the statement concerning the applicants. However, they remain relevant to the overall proportionality of the system and the balance between the competing interests.

It follows that, in all the circumstances of the case, the application of a rule of absolute parliamentary immunity cannot be said to exceed the margin of appreciation allowed to States in limiting an individual's right of access to a court.

The Court notes the applicants' submissions concerning the seriousness of the allegations made about them, although the statements, unlike those made about the applicant in *A. v. the United Kingdom*, were at least arguably relevant to the subject matter of the debate in Parliament. It also notes the applicants' claims that the statements had financially

damaging repercussions on their business, although it may be observed that the letters from other diamond dealers submitted by the applicants refer not to the statement in the House of Commons but to the documents of the UN Sanctions Committee. However, these factors cannot in any way alter the Court's conclusion as to the proportionality of the parliamentary immunity in issue, since the creation of exceptions to that immunity, the application of which depended on the particular facts of any individual case, would seriously undermine the legitimate aims pursued.

The Court concludes that the complaints under Article 6 § 1 of the Convention are manifestly ill-founded and must be rejected pursuant to Article 35 §§ 3 and 4.

3. The applicants complained that the defamatory statement of Mr Peter Hain violated Article 8 of the Convention, the relevant parts of which provide:

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

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

The Government considered that, in so far as this complaint related to the absence of a civil remedy in the national courts, the issues were indistinguishable from those arising under Article 6 § 1 and in respect of which the Court concluded in *A. v. the United Kingdom* (cited above) that there had been no violation.

The applicants submitted that their right to honour and reputation had been violated by the impugned statement and that their private life had been infringed by the release to the public of inaccurate information. The interference with their rights was disproportionate, in particular as no means of protecting them was available. The possibility of a court action against MPs was not required, however, as an effective avenue of redress within Parliament could provide protection.

As in *A v. the United Kingdom*, the Court finds that the central issues of legitimate aim and proportionality that arise in relation to the applicants' complaints under Article 8 are the same as those arising in relation to their Article 6 § 1 complaint about the parliamentary immunity enjoyed by Mr Peter Hain. No point of distinction or separate issue arises on the submissions before it.

This part of the application must also be rejected as manifestly ill-founded pursuant to Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention.

4. Relying on Article 14 of the Convention taken in conjunction with Articles 6 § 2 and 8, the applicants complained that the “naming and shaming” in Parliament was discriminatory. Article 14 provides:

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

The Government submitted that the applicants, as dealers based in Antwerp, were not in a relevantly similar position to United Kingdom nationals or companies in respect of whom there was reliable information suggesting a breach of the sanctions regime within the United Kingdom. The United Kingdom was not in a position to take enforcement action through the prosecution of those involved in illegal importation into a country other than the United Kingdom, and thus there was no possibility of reporting them to domestic enforcement bodies which would take action regardless of nationality if the importation was within their jurisdiction. The applicants were, however, reported to the UN Sanctions Committee.

The applicants submitted that it was discriminatory to “name and shame” them, as this amounted to treating them differently from those in respect of whom the United Kingdom authorities could carry out criminal investigations within its jurisdiction, and that this was a ground of distinction also covered by Article 14. The difference in treatment had no objective or reasonable justification, as it should be for the national authorities in the countries where the crimes were allegedly committed to take the necessary measures.

The Court notes that the applicants’ complaints concerning Article 6 § 2 fall outside the scope of that provision. Accordingly, Article 14 is, in that regard, not applicable, restricted as it is to complaints falling within the scope of the rights guaranteed under the Convention.

As regards the applicants’ allegations that they have been discriminated against in the enjoyment of their right to respect for their private life, the Court reiterates that for the purposes of Article 14 a difference in treatment between persons in analogous or relevantly similar positions is discriminatory if it has no objective and reasonable justification, that is if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised (see, for example, *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, § 88, ECHR 2002-III). Moreover, 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 (see *Camp and Bourimi v. the Netherlands*, no. 28369/95, § 37, ECHR 2000-X).

The Court notes that the applicants seek to compare themselves with suspected persons against whom action could be brought before United Kingdom courts, apparently on the basis that if they had been in that position they would have been subject to criminal investigation and

prosecution instead of “naming and shaming”. Observing that in any case there is no right to be investigated or prosecuted under the Convention, the Court is not persuaded that the applicants can claim to be in an analogous situation to suspected sanction infringers hypothetically subject to the jurisdiction of the United Kingdom courts, where the provisions of domestic law would apply in full force.

It follows that this part of the application must be rejected as respectively incompatible *ratione materiae* with the Convention and manifestly ill-founded, pursuant to Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention.

5. Finally, the applicants complained of a lack of effective remedy for their complaints, 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 applicants did not have an arguable claim of a violation of their rights for the purposes of that provision and that in any event Article 13 could not be relied on to challenge the content of domestic law.

The applicants argued that their claims were at the least arguable and that they were not seeking to denounce the Bill of Rights as such but to obtain redress in the very exceptional circumstances of their case, where immunity served to protect a statement equivalent to a criminal condemnation for which no other remedy was possible.

The Court has found above that there has been no violation of Articles 6 § 1, 8 or 14 of the Convention in this case. Even assuming, however, that the applicants had an “arguable claim” that those Articles had been violated, the Court reiterates that Article 13 does not go so far as to guarantee a remedy allowing a Contracting State’s primary legislation to be challenged before a national authority on the ground that it is contrary to the Convention (see *James and Others v. the United Kingdom*, judgment of 21 February 1986, Series A no. 98, p. 47, § 85, and *A. v. the United Kingdom*, cited above, § 112). The applicants’ complaints related to the immunity conferred by Article 9 of the Bill of Rights 1689 and it is irrelevant that they only sought to establish an exception to its provisions rather than a general repeal (see, *mutatis mutandis*, *A. v. the United Kingdom*, *ibid.*).

This part of the application must be rejected as manifestly ill-founded, pursuant to Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention.

For these reasons, the Court unanimously

*Declares* the application inadmissible.



ZOLIMANN c. ROYAUME-UNI  
(Requête n° 62902/00)

TROISIÈME SECTION<sup>1</sup>

DÉCISION DU 27 NOVEMBRE 2003<sup>2</sup>

---

1. Siégeant en une chambre composé de M. I. Cabral Barreto, *président*, Sir Nicolas Bratza, M. P. Küris, M. R. Türmen, M. J. Hedigan, M<sup>me</sup> M. Tsatsa-Nikolovska, M<sup>me</sup> H.S. Greve, *juges*, et de M. V. Berger, *greffier de section*.

2. Traduction ; original anglais.





SOMMAIRE<sup>1</sup>**Immunité parlementaire protégeant des propos prétendument diffamatoires tenus par un secrétaire d'Etat devant le Parlement****Article 6 § 1**

*Accès à un tribunal – Action civile – Immunité parlementaire protégeant des propos prétendument diffamatoires tenus par un secrétaire d'Etat devant le Parlement – Protection de la liberté d'expression parlementaire – Séparation des pouvoirs – Proportionnalité – Caractère absolu de l'immunité – Marge d'appréciation – Gravité des allégations et répercussions sur des activités professionnelles*

**Article 6 § 2**

*Présomption d'innocence – Immunité parlementaire protégeant des propos prétendument diffamatoires tenus par un secrétaire d'Etat devant le Parlement – Infraction pénale – Portée des résolutions du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations unies en matière d'édition d'« infractions internationales » – Absence de liens suffisants entre des propos tenus devant le Parlement et des poursuites pénales engagées à l'étranger*

\*  
\*   \*

Les deux requérants, ressortissants belges, sont frères et dirigent une entreprise de négoce international de diamants établie à Anvers. En 1998, le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations unies décréta l'embargo sur l'exportation de diamants par l'UNITA (Union nationale pour l'indépendance totale de l'Angola) en raison du rôle joué par cette organisation dans la guerre civile en Angola. Le gouvernement britannique adopta des mesures législatives mettant en œuvre les sanctions onusiennes. En 2000, au cours d'un débat à la Chambre des communes, un secrétaire d'Etat accusa nommément les intéressés d'avoir violé les sanctions en question en exportant des diamants à Anvers pour le compte de l'UNITA. La déclaration de ce secrétaire d'Etat fut reprise par la presse. Une information judiciaire visant les requérants fut ouverte en Belgique, sans toutefois aboutir à leur inculpation. L'un d'eux invita le secrétaire d'Etat à rétracter ses allégations publiquement ou, à titre subsidiaire, à renoncer à l'immunité parlementaire couvrant ses propos pour permettre à l'intéressé d'engager une action judiciaire. Le secrétaire d'Etat ne fit ni l'un ni l'autre. Les requérants arguèrent que ses propos ont causé du tort à leur réputation et à leurs activités commerciales.

---

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

1. Article 6 § 1: l'immunité protégeant les propos tenus devant le Parlement a pour buts légitimes la protection de la liberté d'expression parlementaire et le maintien de la séparation des pouvoirs (voir *A. c. Royaume-Uni*). En outre, en dépit de son caractère absolu, pareille immunité est proportionnée aux buts visés. Elle est, au Royaume-Uni, contenue dans des limites bien définies, notamment en ce qu'elle ne s'applique qu'aux déclarations formulées au cours des débats au Parlement sur lesquels le président de la chambre concernée exerce de surcroît un contrôle général. Si pareil mécanisme n'a pas été utilisé en l'espèce pour empêcher que ne soient prononcées les déclarations litigieuses ou pour sanctionner leur auteur, l'application de la règle de l'immunité parlementaire ne saurait, au vu de l'ensemble des circonstances de la cause, passer pour avoir excédé la marge d'appréciation dont jouissent les Etats pour limiter le droit d'accès d'une personne à un tribunal. Ni la gravité des accusations portées à l'encontre des requérants ni les répercussions fâcheuses qu'elles ont eues, selon eux, sur leur activité professionnelle, ne sauraient conduire à une conclusion différente.

2. Article 6 § 2: les requérants n'étaient accusés d'aucune infraction pénale au Royaume-Uni et il ne semble pas qu'une résolution du Conseil de sécurité des Nations unies suffise à elle seule à créer une «infraction internationale» susceptible de poursuites. On ne saurait dire que les intéressés étaient accusés d'une «infraction pénale» au sens de l'article 6 § 2. En outre, il n'a été établi entre les déclarations du secrétaire d'Etat et des actes de procédure effectifs accomplis à l'étranger aucun lien étroit pouvant être considéré comme suffisant pour faire jouer la notion d'«accusation en matière pénale».

### Jurisprudence citée par la Cour

- Minelli c. Suisse*, arrêt du 25 mars 1983, série A n° 62  
*James et autres c. Royaume-Uni*, arrêt du 21 février 1986, série A n° 98  
*Sekanina c. Autriche*, arrêt du 25 août 1993, série A n° 266-A  
*Alленet de Ribemont c. France*, arrêt du 10 février 1995, série A n° 308  
*Waite et Kennedy c. Allemagne* [GC], n° 26083/94, CEDH 1999-I  
*Camp et Bourimi c. Pays-Bas*, n° 28369/95, CEDH 2000-X  
*Jerusalem c. Autriche*, n° 26958/95, CEDH 2001-II  
*Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, CEDH 2001-XI  
*Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, CEDH 2002-III  
*A. c. Royaume-Uni*, n° 35373/97, CEDH 2002-X  
*Cordova c. Italie (n° 1)*, n° 40877/98, CEDH 2003-I  
*Hammern c. Norvège*, n° 30287/96, 11 février 2003  
*O. c. Norvège*, n° 29327/95, CEDH 2003-II  
*Ringvold c. Norvège*, n° 34964/97, CEDH 2003-II  
*Y. c. Norvège*, n° 56568/00, CEDH 2003-II

(...)

## EN FAIT

Les requérants, MM. Stéphane David et Maurice Zollmann, sont des ressortissants belges nés respectivement en 1959 et 1963. Ils ont indiqué des adresses en Belgique et en Afrique du Sud. Ils sont représentés devant la Cour par M<sup>e</sup> N. Angelet, avocat à Bruxelles.

### 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.

Les requérants sont frères et dirigent une entreprise familiale de négoce international de diamants ayant notamment pour activité l'importation de diamants à Anvers (Belgique), où la société est implantée. Ils indiquent que leur société a décidé, au cours de l'automne 1997, de ne pas importer de diamants provenant de pays d'Afrique en proie à la guerre civile ou à l'instabilité politique.

Par la Résolution 1173 (1998) du 12 juin 1998, le Conseil de sécurité des Nations unies décréta l'embargo sur l'exportation de diamants par l'UNITA (Union nationale pour l'indépendance totale de l'Angola), en raison du rôle joué par cette organisation dans le conflit qui perdurait en Angola. Au paragraphe 21 de cette résolution, le Conseil de sécurité demandait aux Etats de prendre des mesures à l'encontre des personnes et entités qui violeraient les sanctions décidées par l'Organisation des Nations unies (ONU) et de leur infliger des pénalités appropriées. Le 8 juillet 1998, l'Union européenne prit officiellement des sanctions que tous les Etats membres étaient tenus de respecter. En août 1998, le Royaume-Uni et la Belgique adoptèrent des mesures législatives mettant en œuvre la Résolution 1173. Les nouvelles dispositions ainsi adoptées au Royaume-Uni interdisaient l'importation sur le territoire britannique de diamants provenant d'Angola pour lesquels le gouvernement angolais n'aurait pas délivré de certificat.

M. Peter Hain, secrétaire d'Etat responsable de l'Afrique au ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth, écrit le 20 septembre 1999, en réponse à une question parlementaire :

« Nous approuvons sans réserve les sanctions imposées à l'UNITA par l'ONU (...) Par ailleurs, nous avons invité tous les Etats membres de l'ONU à les mettre en œuvre avec plus de rigueur (...) Le Royaume-Uni applique pleinement les sanctions décidées par le Conseil de sécurité (...) Les informations concernant les violations des sanctions que des individus ou des sociétés de nationalité britannique pourraient avoir commises sont immédiatement transmises à nos services chargés de l'application de ces sanctions. »

Le 18 janvier 2000, répondant à d'autres questions sur les mesures prises par le gouvernement pour appliquer les sanctions onusiennes, M. Hain déclara :

« Il est essentiel de mettre un terme aux agissements des personnes et des sociétés qui enfreignent la loi en violant délibérément les sanctions imposées à l'UNITA par l'ONU. Je suis en mesure d'informer la Chambre des communes que nous allons transmettre des renseignements concernant trois individus qui se comportent ainsi au Comité des sanctions établi par l'ONU et à ses groupes d'experts qui, nous l'espérons, pourront y donner suite (...) »

Le 17 février 2000, M. Hain déclara à la Chambre des communes :

« Nous sommes prêts à désigner et à blâmer ceux qui bravent les sanctions, nous agirons à leur encontre chaque fois que nous le pourrons. Nous prendrons notamment des mesures en ce qui concerne les livraisons illégales de marchandises à l'UNITA sans lesquelles elle ne pourrait continuer à combattre en Angola. J'ai déjà révélé à la Chambre des communes l'identité de plusieurs personnes coupables d'avoir fourni des marchandises à l'UNITA en violation des sanctions imposées par l'ONU, il y en a d'autres. David Zollmann exporte des diamants à Anvers pour le compte de l'UNITA. Installé à Rundu, en Namibie, il paie tous les mois des fonctionnaires namubiens pour qu'ils ferment les yeux sur ses activités. En 1999, M. Zollmann a exporté des diamants pour une valeur que nous évaluons à quatre millions de dollars par mois. Son frère, Maurice Zollmann, se livre en Afrique du Sud au même trafic pour le compte de l'UNITA. Un pilote sud-africain dénommé Hennie Steyn transporte par avion, *via* le Congo-Brazzaville, des diamants provenant d'Angola pour Maurice Zollmann (...) Ces individus profitent de la misère pour gagner de l'argent. Il est essentiel que tous les gouvernements, les organisations et les sociétés des pays où ils opèrent prennent d'urgence des mesures pour mettre fin à leurs activités illégales (...) Nous avons communiqué les noms de ces personnes à l'ONU, et en particulier à l'ambassadeur Robert Fowler en raison de ses fonctions au sein du Comité des sanctions chargé de la surveillance de l'UNITA et, plus généralement, de l'Angola. »

Cette déclaration, consultable sur le site Internet du Parlement, fut publiée dans le *Hansard House of Commons Debates*. La presse en a rendu compte, en mentionnant les noms des personnes visées par les propos de M. Hain, dans une dépêche de Reuters du 17 février 2000 reprise par CNN, un article du *Guardian* du 18 février 2000 et un article paru le 11 mars 2000 dans le *Windhoek Observer*, un quotidien namibien. Le 15 mars 2000, les propos de M. Hain furent répétés devant le Parlement sud-africain par le ministre adjoint aux Affaires étrangères.

Les requérants ont indiqué que le parquet d'Anvers avait ouvert une information sur les allégations litigieuses en février 2000. Elle n'a pas eu de suites judiciaires. Les intéressés ont produit une lettre du procureur d'Anvers en date du 8 novembre 2000 selon laquelle l'enquête s'était terminée par une décision de classement sans suite. Une lettre non datée, mais apparemment envoyée en juin par le ministre belge des Affaires étrangères à un député de son pays, révélait que les services secrets britanniques avaient communiqué à leurs homologues belges des

informations qui n'avaient pas permis d'établir que David Zollmann était coupable des actes dont M. Peter Hain l'avait accusé.

Le premier requérant adressa à M. Peter Hain une lettre, datée du 28 février 2000, dans laquelle il nia les faits que le secrétaire d'Etat avait dénoncés et lui demanda de le recevoir avec son frère. Le 8 mars 2000, M. Peter Hain répondit qu'il maintenait sa déclaration, que l'affaire était entre les mains du Comité des sanctions de l'ONU et qu'il ne voyait aucune raison de rencontrer les intéressés.

Le 28 février 2000, le groupe d'experts mandaté pour assister le Comité des sanctions de l'ONU chargé de l'Angola indiqua dans un rapport avoir reçu des informations de différentes sources selon lesquelles M. David Zollmann avait participé à l'importation de diamants à Anvers pour le compte de l'UNITA et que des allégations similaires avaient été formulées publiquement. Le groupe d'experts estima que des enquêtes complémentaires s'imposaient et communiqua ses informations au président du comité.

Le 12 juillet 2000, après la divulgation de la lettre du ministre belge des Affaires étrangères, l'avocat du premier requérant invita par écrit M. Peter Hain à rétracter publiquement ses allégations et à rencontrer son client lors de sa visite à Anvers en juillet 2000 et, à titre subsidiaire, à renoncer à l'immunité parlementaire couvrant ses propos pour permettre à l'intéressé d'engager une action judiciaire. Cette lettre ne reçut aucune réponse.

Dans un rapport en date du 21 décembre 2000, l'Instance de surveillance concernant les sanctions en Angola présenta une analyse approfondie de l'état des sanctions frappant le commerce des diamants dans la région. Dans ce rapport, David Zollmann était désigné comme l'associé adjoint de la société anversoise Glasol, qui avait créé la Cuango Mining Corporation, la plus importante exploitation minière de la vallée de Cuango avant l'imposition des sanctions. Un rapport complémentaire du 16 avril 2001 faisant le point sur l'application des sanctions ne mentionna aucun des deux requérants.

Depuis lors, s'appuyant notamment sur deux lettres qui évoquent la présence du nom de l'un d'eux dans des documents onusiens relatifs au trafic de diamants, les intéressés soutiennent que l'infamie qui s'attache à leur réputation a conduit certaines entreprises à refuser d'entretenir avec eux des relations commerciales.

## **B. Le droit et la pratique internes pertinents**

### *1. Immunité*

Les propos tenus par les députés au cours des débats à la Chambre des communes sont protégés par une immunité absolue consacrée

par l'article 9 de la Déclaration des droits (*Bill of Rights*) de 1689, qui énonce :

« (...) la liberté de parole, ni celle des débats ou procédures dans le sein du Parlement, ne peut être entravée ou mise en discussion en aucune cour ou lieu quelconque autre que le Parlement lui-même. »

Les effets de cette immunité ont été décrits par le *Lord Chief Justice Cockburn* dans l'affaire *Ex parte Watson, Queen's Bench* 1869, p. 576 :

« Il est clair que les déclarations faites par les membres des deux chambres du Parlement lorsqu'ils siègent, même si ceux-ci les savent fausses, ne peuvent servir de fondement à une action civile ou pénale, quelque préjudiciables qu'elles puissent être pour les intérêts d'autrui. »

Les déclarations formulées par des députés en dehors des chambres du Parlement sont régies par les lois ordinaires relatives à la diffamation et à la divulgation d'informations confidentielles, sauf lorsqu'elles sont protégées par une immunité relative.

Le point de savoir si une immunité relative s'applique ou non aux déclarations faites dans un contexte politique donné dépend de l'intérêt public. Dans l'affaire *Reynolds v. Times Newspapers Ltd (Appeal Cases 2001, vol. 2, p. 127)*, qui concernait des allégations formulées dans la presse britannique au sujet d'une crise politique survenue en Irlande en 1994, Lord Nicholls of Birkenhead déclara devant la Chambre des lords (p. 204) :

« La *common law* ne doit pas faire de l'« information politique » une nouvelle catégorie « thématique » de l'immunité relative, ce qui aurait pour effet de faire relever de pareille immunité la publication de toute information de cette nature, quelles que soient les circonstances. Cela n'assurerait pas une protection adéquate de la réputation. En outre, il serait peu judicieux en principe de distinguer le débat politique de la discussion concernant d'autres questions présentant un intérêt politique sérieux. La flexibilité du principe de la *common law* permet de limiter les atteintes à la liberté d'expression à ce qui est nécessaire dans les circonstances d'une affaire donnée. Elle permet au tribunal de donner tout son poids, dans les conditions actuelles, à l'importance de la liberté d'expression des médias relativement à toutes les questions d'intérêt public. »

Selon les circonstances, les points suivants doivent notamment être pris en compte (les observations ne sont formulées qu'à titre d'illustration) : 1. La gravité de l'allégation. Plus l'accusation est grave, plus le public est désinformé et l'individu lésé lorsque l'allégation est mensongère. 2. La nature de l'information et le degré d'intérêt général de la question. 3. La source de l'information. Certains informateurs n'ont pas une connaissance directe des événements. Certains sont motivés par des intérêts personnels, ou sont payés pour leurs récits. 4. Les mesures prises pour vérifier les informations. 5. Le statut de l'information. Les allégations ont peut-être déjà fait l'objet d'une enquête qu'il faut respecter. 6. L'urgence de la question. L'information est souvent une denrée périssable. 7. Le point de savoir si des observations ont été sollicitées du plaignant. Celui-ci peut disposer d'informations que d'autres ne possèdent pas ou n'ont pas divulguées. Il n'est pas toujours nécessaire de prendre contact avec le plaignant. 8. Le point de savoir si l'article renferme les grandes lignes de la version du plaignant. 9. Le ton de l'article. Un journal peut soulever des questions ou demander une enquête. Il n'est pas obligé de tenir

des allégations pour des déclarations de fait. 10. Les circonstances de la publication, y compris le moment auquel elle est intervenue.»

Les articles de presse, dans la mesure où ils rendent compte de façon objective et exacte des débats parlementaires, sont généralement protégés par une forme d'immunité relative, qui se perd seulement si l'éditeur agit «avec malveillance». A cet égard, la «malveillance» est établie lorsque la publication de l'article en question est dictée par des motifs malhonnêtes ou fait preuve d'une «indifférence totale» pour la vérité. Le défaut d'investigations adéquates n'est pas suffisant en soi pour établir la malveillance, mais il peut constituer un élément dont on peut raisonnablement inférer la malveillance (au sens d'une indifférence totale pour la vérité).

L'article 13 de la loi de 1996 sur la diffamation (*Defamation Act*) permet aux députés de renoncer à l'immunité absolue dont ils jouissent au Parlement. Cette disposition énonce :

« 1. Lorsque le comportement d'une personne dans le cadre des travaux parlementaires ou relativement à ces travaux se trouve en cause dans une procédure en diffamation, la personne en question peut, pour ce qui la concerne, renoncer, aux fins de la procédure, à la protection de toute disposition légale ou réglementaire empêchant d'entraver ou de mettre en discussion les travaux parlementaires devant un tribunal ou lieu autre que le Parlement lui-même.

2. Lorsqu'une personne renonce à cette protection,

a) aucune disposition légale ou réglementaire ne peut mettre obstacle à l'audition de témoins ni à la formulation de questions, de déclarations, d'allégations, d'observations ou de conclusions au sujet de son comportement, et

b) aucune de ces mesures ne sera considérée comme portant atteinte à l'immunité dont bénéficient les membres des deux chambres du Parlement.

3. La renonciation à cette protection par une personne n'emporte aucune conséquence pour les personnes n'y ayant pas renoncé.

4. Le présent article n'a aucune incidence sur les dispositions légales ou réglementaires qui exonèrent une personne (y compris une personne qui a renoncé à la protection susmentionnée) de toute responsabilité juridique pour des propos tenus ou des actes accomplis au cours ou aux fins de travaux parlementaires, ou en liaison avec de tels travaux. »

La surveillance générale des débats est exercée par le président (*Speaker*) de chacune des chambres du Parlement. Chaque chambre a ses propres mécanismes permettant de sanctionner ses membres s'ils font délibérément de fausses déclarations au cours des débats. Les déclarations intentionnellement trompeuses peuvent être punies par le Parlement en tant qu'outrage (*contempt*). Par ailleurs, ainsi que l'a constaté la commission parlementaire restreinte sur la procédure (1988-1989) :

« (...) toute une série de voies s'offrent déjà à une personne qui souhaite redresser ou réfuter des observations formulées à son sujet au Parlement. Elle peut inviter le député

de sa circonscription à déposer une « motion à date rapprochée » [*Early Day Motion*] ou, le cas échéant, un amendement à une motion existante; certains cas peuvent être soulevés au moyen des *Questions* lorsqu'une responsabilité ministérielle peut être établie; la personne concernée peut saisir la chambre par l'intermédiaire de l'un de ses membres; elle peut également s'adresser directement à l'auteur des allégations dans l'espoir de le convaincre que ses propos ne sont pas fondés et qu'une rétractation se justifierait. Nous croyons que dans de telles conditions la chambre n'attendrait pas une stricte observation du principe selon lequel un membre ne soumet pas à la chambre les doléances d'un électeur de la circonscription d'un autre membre, en particulier si ce dernier est à l'origine de la déclaration litigieuse, pourvu que les règles de la courtoisie parlementaire soient respectées.»

## 2. *Rapport de la commission mixte sur le privilège parlementaire* (Parliamentary Privilege)

Une commission mixte des deux chambres du Parlement a été chargée en juillet 1997 de passer en revue les règles régissant le privilège parlementaire. Elle a reçu des informations écrites et orales de diverses sources au Royaume-Uni et à l'étranger et a tenu quatorze réunions publiques en vue de recueillir des données. Elle a publié son rapport en mars 1999. Le chapitre 2 expose ses conclusions sur l'immunité parlementaire (*parliamentary immunity*):

«38. L'immunité est large. Les déclarations faites au Parlement ne peuvent même pas être invoquées à l'appui d'une action en justice trouvant son origine dans des faits survenus à l'extérieur du Parlement; par exemple, un plaignant qui poursuit un député par qui il estime avoir été diffamé au cours d'une émission télévisée ne peut invoquer les déclarations formulées par le député à la Chambre des communes comme preuve de malveillance. L'immunité est également absolue: elle ne disparaît pas du fait de la malveillance ou de l'intention frauduleuse. L'article 9 protège tant le député qui sait ses déclarations fausses que celui qui agit avec honnêteté et de manière responsable (...). En termes juridiques plus précis, cette disposition exonère une personne de toute responsabilité juridique pour des propos tenus ou des actes accomplis au cours ou aux fins de travaux parlementaires, ou en liaison avec de tels travaux.

39. Un principe analogue s'applique dans le cadre de la procédure judiciaire. Les déclarations faites par un juge, un avocat ou un témoin au cours d'une procédure judiciaire sont couvertes, selon la *common law*, par une immunité absolue contre des actions en diffamation. Dans les deux cas, la raison d'être de la règle est la même. L'intérêt général à la liberté d'expression durant les débats, qu'ils soient parlementaires ou judiciaires, est extrêmement important. Il ne doit pas être mis en péril par la perspective d'une enquête ultérieure sur l'état d'esprit des intervenants, même si la contrepartie en est qu'une personne peut être injustement victime de diffamation et se trouver sans recours.

40. Il s'ensuit que nous ne sommes pas d'accord avec ceux qui laissent entendre que les parlementaires n'ont pas besoin d'une protection plus importante contre des actions civiles que celle qu'offre l'immunité relative dont jouissent les élus locaux. Ces derniers, à la différence des parlementaires, peuvent voir leur responsabilité engagée pour diffamation lorsque leurs propos sont empreints de malveillance. Nous estimons qu'il



est de la plus haute importance qu'existe une enceinte publique nationale où les personnes de toutes catégories, quels que soient leur pouvoir ou leur fortune, peuvent être critiquées. Les parlementaires ne doivent pas être exposés au risque de se voir traduits en justice pour justifier les propos qu'ils ont tenus au Parlement. L'usage abusif de la liberté d'expression parlementaire relève de la réglementation interne du Parlement lui-même, et non d'enquêtes et de décisions judiciaires. Le principe de l'immunité judiciaire conserve toute son importance. Les tribunaux ont le devoir de ne pas affaiblir ce principe constitutionnel fondamental.»

### C. Le Conseil de l'Europe et l'Union européenne

L'article 40 du Statut du Conseil de l'Europe énonce :

« a) Le Conseil de l'Europe, les représentants des membres et le Secrétariat jouissent, sur les territoires des membres, des immunités et privilèges nécessaires à l'exercice de leurs fonctions. En vertu de ces immunités, les Représentants à l'Assemblée Consultative ne peuvent notamment être ni arrêtés ni poursuivis sur les territoires de tous les membres en raison des opinions ou des votes émis au cours des débats de l'Assemblée, de ses comités ou commissions.

b) Les membres s'engagent à conclure aussitôt que possible un accord en vue de donner plein effet aux dispositions du paragraphe a ci-dessus. A cette fin, le Comité des Ministres recommandera aux gouvernements des membres la conclusion d'un accord définissant les privilèges et immunités reconnus sur leurs territoires. En outre, un accord particulier sera conclu avec le Gouvernement de la République française qui définira les privilèges et immunités dont jouira le Conseil à son siège.»

En application du paragraphe b) ci-dessus, les Etats membres ont signé le 2 septembre 1949 l'Accord général sur les privilèges et immunités du Conseil de l'Europe. Les passages pertinents de cet accord se lisent ainsi :

#### Article 14

« Les représentants à l'Assemblée Consultative et leurs suppléants ne peuvent être recherchés, détenus ou poursuivis en raison des opinions ou votes émis par eux dans l'exercice de leurs fonctions.»

#### Article 15

« Pendant la durée des sessions de l'Assemblée Consultative, les représentants à l'Assemblée et leurs suppléants, qu'ils soient parlementaires ou non, bénéficient :

a) sur leur territoire national, des immunités reconnues aux membres du Parlement de leur pays ;

b) sur le territoire de tout Etat membre, de l'exemption de toutes mesures de détention et de toute poursuite judiciaire.

(... )»

L'article 5 du Protocole additionnel à l'Accord général sur les privilèges et immunités du Conseil de l'Europe dispose :

« Ces privilèges, immunités et facilités sont accordés aux représentants des membres, non à leur avantage personnel, mais dans le but d'assurer en toute indépendance l'exercice de leurs fonctions en rapport avec le Conseil de l'Europe. Par conséquent, un membre a non seulement le droit, mais le devoir de lever l'immunité de son représentant dans tous les cas où, à son avis, l'immunité empêcherait que justice soit faite et où elle peut être levée sans nuire au but pour lequel l'immunité est accordée. »

L'article 9 du Protocole sur les privilèges et immunités des Communautés européennes, adopté en application de l'article 28 du Traité instituant un Conseil unique et une Commission unique des Communautés européennes, énonce :

« Les membres du Parlement européen ne peuvent être recherchés, détenus ou poursuivis en raison des opinions ou votes émis par eux dans l'exercice de leurs fonctions. »

## GRIEFS

Invoquant l'article 6 § 2 de la Convention, les requérants dénoncent le fait que M. Peter Hain ait déclaré devant la Chambre des communes qu'ils avaient violé l'embargo imposé par les Nations unies sur le commerce des diamants avec l'UNITA et corrompu des fonctionnaires namubiens.

Sous l'angle de l'article 6 § 1 de la Convention, les intéressés se plaignent de ne pouvoir exercer en justice une action en diffamation à l'encontre de M. Peter Hain. Aucune autre voie de droit ne leur est ouverte pour réfuter les allégations du ministre.

Sur le terrain de l'article 8 de la Convention, ils soutiennent que les propos tenus par M. Peter Hain devant la Chambre des communes, qui ne s'appuient sur aucun fait légalement établi, portent atteinte à leur réputation et revêtent un caractère diffamatoire. La publication d'informations au sujet des intéressés emporterait en outre violation de leur droit au respect de leur vie privée. Les intéressés s'en prennent également au fait que M. Peter Hain n'ait pas répondu au souhait exprimé par eux de le rencontrer et ne leur ait pas donné la possibilité de réfuter ses allégations.

Ils se plaignent en outre, sur le terrain de l'article 14 de la Convention combiné avec les articles 6 § 2 et 8, d'avoir été « désignés et blâmés » parce qu'ils n'ont pas la nationalité britannique. M. Peter Hain avait en effet annoncé que sa politique à l'égard des personnes et des sociétés de nationalité britannique consisterait à transmettre aux services britanniques chargés de l'application des sanctions toute information concernant des violations alléguées de l'embargo décrété par l'ONU.

Ils font enfin valoir, sur le terrain de l'article 13 de la Convention, qu'ils ne disposent d'aucun recours effectif pour faire redresser les violations des articles 6 § 2 et 8 évoquées ci-dessus.

## EN DROIT

1. Les requérants soutiennent que les propos tenus par M. Peter Hain devant la Chambre des communes enfreignent l'article 6 § 2 de la Convention, lequel énonce :

« Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie. »

### a) Arguments des parties

Le Gouvernement allègue que les garanties offertes par l'article 6 en matière pénale, notamment la présomption d'innocence, ne s'appliquaient pas au moment où le ministre a prononcé le discours litigieux, dans la mesure où aucune poursuite pénale n'était alors engagée ni même envisagée. Il n'y a d'ailleurs aucune possibilité réaliste de pouvoir un jour poursuivre pénalement les requérants au Royaume-Uni car les propos litigieux évoquent leur implication dans l'importation, à Anvers, de diamants provenant de l'UNITA, ce qui ne constitue pas une infraction au Royaume-Uni dont le droit pénal ne s'applique qu'aux importations sur le territoire britannique. La présomption d'innocence a pour finalité de garantir l'équité de procédures déjà engagées ou envisagées et l'article 6 § 1 n'est applicable que si la personne en cause est « accusée » d'une infraction pénale au sens large que la Convention donne à cette notion. Il faut au moins que certains actes aient été accomplis en vue de déclencher l'action publique. En l'espèce, aucune accusation en matière pénale n'a eu de « répercussions importantes sur la situation » des requérants au sens de l'article 6. Même si cet article est applicable, il doit faire l'objet d'une interprétation respectueuse du principe de l'immunité parlementaire – dont l'importance a été reconnue dans l'arrêt *A. c. Royaume-Uni* (n° 35373/97, CEDH 2002-X) – sous peine d'en restreindre la portée ou d'y faire échec.

Se fondant sur l'arrêt *Allenet de Ribemont c. France* (du 10 février 1995, série A n° 308) qu'ils interprètent comme indiquant que la présomption d'innocence a vocation à s'appliquer même en dehors de toute action pénale pour protéger les suspects de l'hostilité de l'opinion publique et empêcher que des déclarations extrajudiciaires ne tiennent lieu de jugements en matière pénale, les requérants soutiennent que l'article 6 § 2 s'applique même si aucune poursuite n'est en cours ou n'est envisageable au Royaume-Uni. Aucune poursuite ne peut être engagée devant les juridictions britanniques; M. Peter Hain n'en a pas moins accusé les intéressés d'avoir commis une infraction internationale et il a violé le principe de séparation des pouvoirs en s'érigeant en juge pour les déclarer coupables et prendre à leur égard une mesure punitive destinée à avoir des répercussions sur leurs activités commerciales et leur réputation. En outre, les accusations formulées par M. Peter Hain ont contribué à

l'ouverture d'enquêtes pénales visant les intéressés en Namibie, en Belgique et en Afrique du Sud. Le Gouvernement ne peut, selon les requérants, soutenir à bon droit que le principe de l'immunité parlementaire exclut automatiquement les faits litigieux de la garantie offerte par l'article 6 § 2, car la Convention ne confère pas à ce principe la valeur d'une justification absolue, et des intérêts supérieurs peuvent prévaloir, comme en l'espèce, où les intéressés ont subi un grave préjudice sans avoir de voie de recours et sans que la dénonciation dont ils ont été victimes ait poursuivi un but légitime pouvant se rattacher à la fonction législative.

## b) Appréciation de la Cour

### i. Principes généraux

La présomption d'innocence consacrée par le paragraphe 2 de l'article 6 figure parmi les éléments du procès pénal équitable exigé par le paragraphe 1 (*Alленet de Ribemont*, précité, p. 16, § 35). Elle interdit qu'un tribunal fasse prématurément part de sa conviction que l'accusé est coupable de l'infraction qui lui est reprochée, alors que sa culpabilité n'a pas été préalablement légalement établie (voir l'affaire *Minelli c. Suisse*, arrêt du 25 mars 1983, série A n° 62, dans laquelle une cour d'assises qui avait constaté la prescription de l'action publique dans l'affaire pénale dont elle était saisie n'en décida pas moins, aux fins de statuer sur les frais de la procédure, de se prononcer sur le point de savoir si l'accusé aurait été reconnu coupable en l'absence de prescription). Elle s'applique en outre aux déclarations faites par d'autres agents publics au sujet d'enquêtes pénales en cours lorsque ces déclarations incitent le public à croire en la culpabilité du suspect et préjugent de l'appréciation des faits par les juges compétents (voir l'arrêt *Alленet de Ribemont* précité, p. 17, § 41, affaire dans laquelle un ministre et un commissaire de police s'étaient adressés à la presse en désignant sans réserve le requérant, interpellé le jour même, comme le complice d'un assassinat).

L'article 6 § 2 a également vocation à s'appliquer lorsque, après un acquittement ayant mis fin à un procès pénal, des tribunaux rendent des décisions exprimant des soupçons persistants sur l'innocence de l'accusé acquitté ou mettant en doute le bien-fondé de son acquittement (voir, par exemple, les arrêts *Sekanina c. Autriche*, 25 août 1993, série A n° 266-A, pp. 15-16, § 30; *Hammern c. Norvège*, n° 30287/96, § 48, 11 février 2003, et *O. c. Norvège*, n° 29327/95, § 40, CEDH 2003-II (concernant respectivement une demande formée par un accusé acquitté au titre des dépens et une demande en réparation du préjudice allégué); *Y. c. Norvège*, n° 56568/00, § 46, CEDH 2003-II (relatif à une action en réparation à l'encontre de l'accusé acquitté exercée par une personne qui se disait victime d'un crime)).

Toutefois, pour que l'application de l'article 6 § 2 puisse être étendue à la procédure ultérieure, celle-ci doit avoir un lien suffisant avec la question de la responsabilité pénale. Dans l'arrêt *Sekanina* (précité, p. 13, § 22), la Cour a relevé que la législation et la pratique autrichiennes liaient à tel point les deux questions – responsabilité pénale de l'accusé et droit à indemnité – que l'on pouvait considérer la décision sur la seconde comme un corollaire et, dans une certaine mesure, un complément de celle qui avait tranché la première (voir aussi l'arrêt *Hammern*, précité, § 46, où l'action en réparation était non seulement consécutive à l'action pénale mais encore lui était liée dans la législation et la pratique). De même, dans l'arrêt *Y. c. Norvège* (précité, §§ 43-46), le raisonnement suivi par la juridiction civile et les termes qu'elle avait employés établissaient manifestement un lien entre la procédure pénale et l'action indemnitaire (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Ringvold c. Norvège*, n° 34964/97, CEDH 2003-II, où la Cour, ayant considéré que l'action en réparation ne pouvait être tenue pour un corollaire ou un complément de la procédure pénale, a conclu à l'inapplicabilité de l'article 6 § 2).

*ii. Application au cas d'espèce*

La Cour a donc recherché si les requérants pouvaient être considérés, dans les circonstances de l'espèce, comme ayant été « accusés d'une infraction pénale » au sens de l'article 6 § 2 du fait des propos tenus par M. Peter Hain devant le Parlement qui les mettaient en cause dans l'exportation de diamants provenant d'Angola, en violation des sanctions imposées par l'ONU.

Les intéressés n'ont été accusés d'aucune infraction pénale au Royaume-Uni. Comme le Gouvernement l'a souligné, les juridictions de cet Etat n'ont pas compétence pour connaître des activités dont il est question dans la mesure où les dispositions pénales de la loi interne ne répriment que l'importation de diamants sur le territoire britannique. Donc, à l'époque où M. Peter Hain a tenu les propos litigieux devant la Chambre des communes, n'était engagée ni envisagée nulle enquête pénale visant des faits susceptibles de poursuites au Royaume-Uni dont ces propos auraient pu passer pour préjuger l'issue.

Les requérants soutiennent que ces considérations ne sont pas décisives dans la mesure où, en s'exprimant comme il l'a fait, M. Peter Hain s'est érigé en juge *de facto* pour les reconnaître coupables de faits constituant en substance une infraction internationale et prononcer à leur encontre une condamnation les désignant à l'opprobre public. La Cour rappelle que le Conseil de sécurité des Nations unies a adopté une résolution décrétant un embargo sur l'exportation de diamants par l'UNITA et demandant aux Etats de prendre des mesures à l'encontre des personnes ou des organisations qui le violeraient. L'Union européenne a ultérieurement adopté des mesures invitant ses membres à respecter l'embargo en question. La

Cour n'est toutefois pas convaincue qu'une résolution du Conseil de sécurité suffise à elle seule à créer une « infraction internationale » susceptible de poursuites. Aucune juridiction internationale n'a compétence pour réprimer les infractions aux sanctions imposées (le Comité des sanctions institué par l'ONU est investi de pouvoirs de contrôle et d'enquête mais n'a pas de fonction juridictionnelle) et les Nations unies semblent compter sur les Etats membres pour agir dans le cadre de la compétence que leur reconnaissent leurs lois pénales respectives. Aussi la Cour n'est-elle pas persuadée que la mention par M. Peter Hain de la violation de sanctions imposées par l'ONU puisse produire des effets en termes de compétence pénale internationale, à quelque niveau que ce soit, ni que ce ministre puisse être tenu, aussi accablantes ses déclarations soient-elles, pour avoir agi comme un organe juridictionnel ou avoir lui-même statué sur des infractions pénales.

Les requérants arguent aussi qu'il y a lieu de constater l'existence d'un lien entre les déclarations litigieuses faites devant le Parlement britannique et les enquêtes pénales auxquelles elles auraient donné lieu en Belgique, en Namibie et en Afrique du Sud. Il ressort des rares informations qui ont été fournies au sujet des procédures en question que les autorités d'instruction des pays concernés n'ont pas jugé utile d'inculper les requérants ni d'engager des poursuites à leur encontre. Il semble que la police belge ait mené une enquête à laquelle le procureur d'Anvers a mis fin par une décision de classement sans suite. Il apparaît qu'aucun des intéressés n'a été contacté ou interrogé et qu'aucune démarche n'a été entreprise pour recueillir des éléments à charge sur leur lieu de travail ou auprès de personnes de leur connaissance. La lettre du ministre belge des Affaires étrangères produite par les intéressés évoque bien un échange d'informations entre les services secrets britanniques et belges mais ne mentionne aucune enquête pénale proprement dite menée par des autorités de poursuite. Dans ces conditions, la Cour estime que rien dans la législation, la pratique et les circonstances matérielles ne permet de conclure à l'existence d'un lien étroit entre les propos tenus devant la chambre du Parlement et des actes de procédure effectifs accomplis à l'étranger qui puisse être considéré comme suffisant pour que les requérants deviennent des « accusés d'une infraction pénale » au sens de l'article 6 § 2 de la Convention.

La Cour relève que dans leurs conclusions les intéressés ne critiquent nullement le fait que le Royaume-Uni ait transmis des informations aux autorités belges et au Comité des sanctions de l'ONU au sujet d'allégations de violation des sanctions de l'ONU. Ils se plaignent en substance que M. Peter Hain ait divulgué de fausses informations sur leur participation à pareilles violations dans une enceinte où ses propos ont eu un retentissement considérable et préjudiciable tant à leurs activités qu'à leur réputation, et où il bénéficiait de l'immunité de poursuites.

En ses dispositions pertinentes, l'article 6 § 2 de la Convention vise à empêcher qu'il soit porté atteinte au droit à un procès pénal équitable par des déclarations néfastes étroitement liées à la procédure pénale en question. Lorsque aucune procédure pénale n'est en cours ou n'a été ouverte, les propos imputant à autrui la responsabilité d'une infraction ou d'une autre conduite répréhensible relèvent plutôt de la protection contre la diffamation ainsi que du droit de saisir les tribunaux d'une contestation portant sur des droits de caractère civil et soulèvent des problèmes potentiels sous l'angle des articles 8 et 6 de la Convention.

En conséquence, la Cour considère que l'article 6 § 2 de la Convention n'est pas applicable en l'espèce. Il s'ensuit que cette partie de la requête est incompatible *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention, au sens de l'article 35 § 3, et qu'elle doit donc être rejetée, conformément à l'article 35 § 4.

2. Les requérants se plaignent, sous l'angle de l'article 6 § 1 de la Convention, de ne pas pouvoir agir en diffamation contre M. Peter Hain. L'article 6 § 1, en ses dispositions pertinentes, énonce :

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

#### a) Arguments des parties

Le Gouvernement reconnaît que le grief des requérants tiré de l'impossibilité d'engager une action en diffamation contre le ministre relève de l'article 6 § 1. Toutefois, le principe de l'immunité absolue satisfait pleinement aux critères retenus pour apprécier la conformité d'une disposition avec l'article 6 § 1 dans la mesure où ce principe poursuit des buts impérieux – notamment la liberté d'expression au Parlement – et est proportionné à l'importance constitutionnelle des intérêts publics en jeu. Comme la Cour l'a constaté dans l'arrêt *A. c. Royaume-Uni* (précité), la création d'exceptions à cette immunité aurait pour effet de saper sérieusement les buts légitimes qu'elle vise à protéger.

Les requérants soutiennent que pareille restriction à l'accès à un tribunal est disproportionnée et porte atteinte à la substance même de ce droit. On ne peut pas dire en l'espèce, comme on a pu le faire dans la cause *A. c. Royaume-Uni*, que d'autres voies de redressement sont ouvertes aux intéressés. Faute d'avoir la nationalité britannique, les requérants ne peuvent s'adresser au député de leur circonscription et il est peu probable qu'un autre parlementaire se charge de soumettre leur plainte à la procédure intérieure du Parlement. Les déclarations délibérément trompeuses peuvent certes être punies par le Parlement en tant qu'outrage (*contempt*), mais cela impliquerait en pratique que les requérants prouvent leur innocence, ce qui ferait échec au but de la Convention. Le comportement

de M. Peter Hain, qui s'est érigé en juridiction pénale *de facto* pour juger et condamner les requérants au mépris du principe de séparation des pouvoirs, s'analyse également en une violation de l'article 6 § 1.

#### b) Appréciation de la Cour

La présente affaire soulève au regard de l'article 6 § 1 des questions et des griefs similaires, mais non identiques, à ceux qui ont été examinés dans l'arrêt *A. c. Royaume-Uni*. Comme les questions essentielles du but légitime et de la proportionnalité que pose le grief procédural des requérants sur le terrain de l'article 6 § 1 de la Convention sont les mêmes que celles que soulève leur grief matériel se rattachant au droit au respect de la vie privée consacré par l'article 8, la Cour, suivant le raisonnement qu'elle a tenu dans l'arrêt *A. c. Royaume-Uni*, partira de l'hypothèse que l'article 6 § 1 s'applique aux faits de la cause.

En ce qui concerne la question de la conformité aux exigences de l'article 6 § 1, notamment le point de savoir si les requérants se sont vu refuser l'accès à un tribunal par le jeu de l'immunité parlementaire, la Cour rappelle que le droit à un tribunal n'est pas absolu mais qu'il se prête à des limitations. Pareilles limitations peuvent être implicites car ce droit commande de par sa nature même une réglementation de l'Etat. Si les Etats contractants jouissent en la matière d'une certaine marge d'appréciation, il appartient toutefois à la Cour de statuer en dernier ressort sur le respect des exigences de la Convention. La Cour doit se convaincre que les limitations mises en œuvre ne restreignent pas l'accès offert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même. En outre, pareille limitation ne se concilie avec l'article 6 § 1 que si elle tend à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (voir, parmi d'autres, *Waite et Kennedy c. Allemagne* [GC], n° 26083/94, § 59, CEDH 1999-I).

Dans l'arrêt *A. c. Royaume-Uni*, la Cour a estimé que l'immunité protégeant les propos tenus par les députés à la Chambre des communes avait pour buts légitimes la protection de la liberté d'expression au Parlement et le maintien de la séparation des pouvoirs entre le législatif et le judiciaire.

En ce qui concerne la proportionnalité de l'immunité dont jouit le député, la Cour a considéré qu'en dépit de son caractère absolu cette immunité satisfaisait aux exigences de l'article 6 § 1 de la Convention. La Cour a tenu compte de l'importance particulière que revêt la protection de la liberté d'expression des élus du peuple et a indiqué que, dans une démocratie, le parlement ou des organes comparables sont des tribunes indispensables au débat politique de sorte qu'une ingérence dans la liberté d'expression exercée dans le cadre de ces organes ne



saurait se justifier que par des motifs impérieux (voir, par exemple, *Jerusalem c. Autriche*, n° 26958/95, §§ 36 et 40, CEDII 2001-II). La Cour a également constaté que la plupart, sinon la totalité, des Etats signataires de la Convention accordent une forme d'immunité aux membres de leurs organes législatifs nationaux et que des privilèges ainsi que des immunités sont également octroyés, notamment, aux Représentants à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe et aux membres du Parlement européen. La Cour en a conclu qu'une règle de l'immunité parlementaire qui rejoint et reflète des règles généralement reconnues au sein des Etats signataires, du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne ne saurait, en principe, être considérée comme imposant une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal tel que le consacre l'article 6 § 1 (voir, *mutatis mutandis*, *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, § 56, CEDH 2001-XI). De même que le droit d'accès à un tribunal est inhérent à la garantie d'un procès équitable accordée par cet article, de même certaines restrictions à l'accès doivent être tenues pour lui être inhérentes; on en trouve un exemple dans les limitations généralement admises par la communauté des nations comme relevant de la doctrine de l'immunité parlementaire (*ibidem*).

Les requérants allèguent que leur cause se distingue de l'affaire *A. c. Royaume-Uni* en ce que l'arrêt de la Cour avait pris en compte le fait que la requérante n'était pas totalement privée de recours dans la mesure où un député aurait pu déposer en son nom devant le Parlement une motion tendant à la rétractation des propos litigieux. Il n'est guère possible aux intéressés de bénéficier de pareille voie de recours en leur qualité d'étrangers accusés d'avoir commis un grave méfait. La Cour n'est toutefois pas convaincue que la possibilité de s'adresser à un député ait été déterminante pour la conclusion à laquelle elle est parvenue dans l'arrêt *A. c. Royaume-Uni*, d'autant plus qu'en l'occurrence aucune motion n'avait été déposée. La Cour ne voit aucune raison de s'écarter de sa conclusion sur la proportionnalité de l'immunité. Dans ce contexte, il convient surtout de relever que l'immunité dont jouissent les députés au Royaume-Uni apparaît plus étroite que celle accordée aux membres du corps législatif dans certains autres Etats signataires, aux Représentants à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe ou aux membres du Parlement européen. En particulier, elle ne s'applique qu'aux déclarations formulées au cours de débats parlementaires à la tribune de la Chambre des communes ou de la Chambre des lords. Aucune immunité ne protège les propos tenus en dehors du Parlement britannique et les déclarations faites par des députés à la presse qui sont publiées avant les débats parlementaires, même si leur teneur est ensuite répétée au cours des débats proprement dits. Cela montre que l'immunité est contenue dans des limites bien définies et qu'elle peut atteindre les objectifs qui la justifient sans pour cela tomber dans l'excès d'une protection absolue qui

serait superflue (*Cordova c. Italie (n° 1)*, n° 40877/98, §§ 62-63, CEDH 2003-I). Le fait que, dans des cas extrêmes, des déclarations délibérément trompeuses peuvent être sanctionnées par le Parlement comme un outrage envers lui et que le président de chaque chambre exerce un contrôle général sur les débats démontre que même dans l'enceinte parlementaire les députés ne peuvent agir impunément. S'il est vrai qu'aucun de ces mécanismes n'a été utilisé pour empêcher que ne soient prononcées les déclarations visant les requérants ou pour sanctionner leur auteur, ils n'en demeurent pas moins pertinents pour la proportionnalité globale du système et l'équilibre des intérêts concurrents.

Au vu de l'ensemble des circonstances de la cause, la Cour conclut que l'application d'une règle consacrant une immunité parlementaire absolue ne saurait être considérée comme excédant la marge d'appréciation dont jouissent les Etats pour limiter le droit d'accès d'une personne à un tribunal.

La Cour note que les requérants soulignent la gravité des accusations portées à leur encontre mais elle relève que les propos dont ils se plaignent peuvent du moins passer pour avoir un rapport avec l'objet des débats devant la Chambre des communes, ce qui n'était pas le cas des allégations qui avaient été formulées au sujet de la requérante dans l'affaire *A. c. Royaume-Uni*. La Cour observe par ailleurs que les intéressés soutiennent que les déclarations critiquées ont eu de fâcheuses répercussions financières sur leur activité professionnelle, mais elle constate que les lettres des sociétés diamantaires produites par eux font état de documents émanant du Comité des sanctions des Nations unies et non des propos tenus par le ministre. Quoi qu'il en soit, ces considérations ne sauraient en aucune manière modifier la conclusion de la Cour quant à la proportionnalité de l'immunité parlementaire en cause, car la création d'exceptions à cette immunité, dont l'application serait alors fonction des faits particuliers de chaque espèce, aurait pour effet de saper sérieusement les buts légitimes poursuivis.

Il s'ensuit que les griefs formulés sous l'angle de l'article 6 § 1 de la Convention sont manifestement mal fondés et qu'ils doivent être rejetés, en application de l'article 35 §§ 3 et 4.

3. Les requérants voient dans les propos diffamatoires de M. Peter Hain une violation de l'article 8 de la Convention, dont les dispositions pertinentes sont ainsi libellées :

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

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

des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.»

Le Gouvernement soutient que, ce grief des requérants se rattachant à l'absence de voies de recours en matière civile devant les juridictions internes, il ne soulève aucune question distincte de celles qui se posaient sous l'angle de l'article 6 § 1 dans l'affaire *A. c. Royaume-Uni* (précitée) et pour lesquelles la Cour avait conclu à l'absence de violation.

Les requérants plaident que les propos incriminés violent leur droit à l'honneur et à la réputation, et que la divulgation au public de fausses informations porte atteinte à leur vie privée. L'ingérence dans leur vie privée est en l'espèce d'autant plus disproportionnée qu'ils ne disposent d'aucun moyen pour protéger leurs droits. Ils ne revendiquent cependant pas le droit d'agir en justice contre un parlementaire dans la mesure où un recours effectif devant le Parlement constituerait une protection.

Comme elle l'a fait dans l'arrêt *A. c. Royaume-Uni*, la Cour constate que les questions essentielles du but légitime et de la proportionnalité que pose le grief formulé par les requérants sous l'angle de l'article 8 sont les mêmes que celles qui découlent du grief tiré de l'article 6 § 1 relativement à l'immunité parlementaire dont a bénéficié M. Peter Hain. La Cour estime que les conclusions des intéressés ne sont apparaître à cet égard aucune différence et ne soulèvent aucune question distincte.

Cette partie de la requête est elle aussi manifestement mal fondée et doit être rejetée, en application de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

4. Invoquant l'article 14 de la Convention combiné avec les articles 6 § 2 et 8, les requérants allèguent que le fait de les avoir « désignés et blâmés » dans l'enceinte du Parlement revêt un caractère discriminatoire. L'article 14 dispose :

«La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.»

Le Gouvernement soutient que les intéressés, négociants établis à Anvers, ne se trouvent pas dans une situation comparable à celle de personnes ou de sociétés britanniques soupçonnées, sur la base d'informations dignes de foi, d'être impliquées dans des violations du régime de sanctions sur le territoire du Royaume-Uni. Les autorités britanniques n'ayant pas le pouvoir de mettre en œuvre le régime de sanctions en poursuivant ceux qui se livrent à des importations illégales en dehors du Royaume-Uni, il n'est pas possible de dénoncer les requérants aux services répressifs internes qui auraient été compétents, si les importations en cause avaient relevé de leur ressort territorial, pour prendre des mesures

à l'encontre des intéressés quelle que fût leur nationalité. Les requérants ont par contre été signalés au Comité des sanctions de l'ONU.

Les requérants plaident que le fait de les avoir « désignés et blâmés » constitue une discrimination à leur égard dans la mesure où ils ont ainsi fait l'objet d'un traitement différent de celui réservé aux personnes susceptibles d'être visées par des enquêtes pénales relevant de la compétence des autorités britanniques et qu'il s'agit là d'un motif de distinction tombant lui aussi sous le coup de l'article 14. Pareille différence de traitement ne repose pas sur une justification raisonnable et objective car il appartient aux autorités internes des pays où les infractions alléguées ont été prétendument commises de prendre les mesures nécessaires.

La Cour note que les griefs des requérants tirés de l'article 6 § 2 sortent du cadre de cette disposition. En conséquence, l'article 14 est, à cet égard, inapplicable, limité qu'il est aux griefs relevant du champ d'application des droits garantis par la Convention.

En ce qui concerne le grief des requérants selon lequel ils auraient été victimes d'une discrimination dans l'exercice de leur droit au respect de leur vie privée, la Cour rappelle qu'aux fins de l'article 14 une différence de traitement entre des personnes placées dans des situations analogues ou comparables est discriminatoire si elle ne repose pas sur une justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (voir, par exemple, *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, § 88, CEDH 2002-III). Par ailleurs, 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 (*Camp et Bourimi c. Pays-Bas*, n° 28369/95, § 37, CEDH 2000-X).

La Cour relève qu'en comparant leur situation à celle de suspects susceptibles d'être poursuivis devant les tribunaux britanniques, les requérants semblent vouloir démontrer que, s'ils avaient été dans la situation de ces personnes, ils n'auraient pas été « désignés et blâmés » mais auraient été visés par une enquête et des poursuites pénales. Compte tenu du fait que la Convention ne reconnaît en aucune circonstance de droit à faire l'objet d'une enquête et de poursuites, la Cour n'est pas convaincue que les requérants puissent à bon droit prétendre se trouver dans une situation analogue à celle de personnes soupçonnées d'avoir violé les sanctions et pouvant être poursuivies devant les juridictions britanniques, auquel cas elles se verraient appliquer le droit interne dans toutes ses dispositions.

Il s'ensuit que cette partie de la requête est à la fois incompatible *rationae materiae* avec la Convention et manifestement mal fondée; elle

doit donc être rejetée, en application de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

5. Enfin, les requérants se plaignent de n'avoir disposé d'aucun recours effectif pour faire valoir leurs griefs et invoquent 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. »

Le Gouvernement soutient que les requérants ne formulent pas de grief défendable de violation de leurs droits qui puisse faire jouer l'article 13 et que cette disposition ne peut en tout cas pas être invoquée pour critiquer la teneur du droit interne.

Les requérants affirment que leurs griefs sont pour le moins défendables et que leur démarche ne vise pas à mettre en cause la Déclaration des droits (*Bill of Rights*) en tant que telle mais à obtenir un redressement dans les circonstances très exceptionnelles de leur affaire où l'immunité est utilisée pour couvrir des propos équivalant à une condamnation pénale contre laquelle il n'existe aucun autre recours.

La Cour a conclu ci-dessus à la non-violation des articles 6 § 1, 8 et 14 de la Convention en l'espèce. Toutefois, à supposer même que les requérants puissent prétendre « de manière plausible » que les dispositions en question ont été violées, la Cour rappelle que l'article 13 ne va pas jusqu'à exiger un recours par lequel on puisse dénoncer, devant une autorité nationale, les lois d'un Etat contractant comme contraires à la Convention (*James et autres c. Royaume-Uni*, arrêt du 21 février 1986, série A n° 98, p. 47, § 85; *A. c. Royaume-Uni*, précité, § 112). Les griefs des intéressés ont trait à l'immunité reconnue par l'article 9 de la Déclaration des droits de 1689 et il importe peu qu'ils visent seulement à introduire une exception aux dispositions de ce texte et non à leur abrogation (voir, *mutatis mutandis*, *A. c. Royaume-Uni*, *ibidem*).

Cette partie de la requête doit être rejetée comme manifestement mal fondée, conformément à l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

Par ces motifs, la Cour, à l'unanimité,

*Déclare* la requête irrecevable.



SCHREIBER ET BOETSCH c. FRANCE  
(Requête n° 58751/00)

PREMIÈRE SECTION<sup>1</sup>

DÉCISION DU 11 DÉCEMBRE 2003<sup>2</sup>

---

1. Siégeant en une chambre composée de M. C.L. Rozakis, *président*, M. P. Lorenzen, M. J.-P. Costa, M<sup>me</sup> F. Tulkens, M<sup>me</sup> N. Vajić, M. E. Levits, M<sup>me</sup> S. Botoucharova, *juges*, et de M. S. Nielsen, *greffier adjoint de section*.

2. Texte français original.





SOMMAIRE<sup>1</sup>**Applicabilité de l'article 6 à une procédure en récusation****Article 6 § 1**

*Applicabilité – Droits et obligations de caractère civil – Procédure en récusation – Procédure incidente et indépendante de la procédure principale – Nature de l'amende pour recours abusif*

\*  
\* \*

Les requérants avaient déposé une plainte avec constitution de partie civile. Ayant des doutes quant à l'impartialité du juge d'instruction, ils demandèrent sa récusation. Les requérants furent déboutés et condamnés à une amende civile.

Article 6 § 1 : la procédure en récusation est une procédure incidente et indépendante de la procédure principale. Le droit d'obtenir une décision judiciaire sur le remplacement d'un juge d'instruction n'est pas un droit de caractère civil, et l'éventuelle applicabilité de l'article 6 § 1 à la procédure principale ne fait pas entrer, par connexité, la procédure en récusation dans le champ d'application de cet article. L'amende civile infligée en l'espèce à l'issue de la procédure en récusation est une sanction procédurale qui n'emporte pas détermination d'un droit ou d'une obligation «de caractère civil»; en outre, une telle sanction ne saurait soulever une question d'accès à la justice «civile» au sens de l'article 6 § 1 lorsque, comme en l'espèce, la procédure à l'issue de laquelle elle a été prononcée échappe à l'emprise de cette disposition. Enfin, en principe, en infligeant une amende pour recours abusif, une juridiction ne décide pas du bien-fondé d'une «accusation en matière pénale»: incompatibilité *ratione materiae*.

**Jurisprudence citée par la Cour**

*Ringeisen c. Autriche*, arrêt du 16 juillet 1971, série A n° 13

*König c. Allemagne*, arrêt du 28 juin 1978, série A n° 27

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

*Courtet c. France*, n° 18873/91, décision de la Commission du 2 mars 1994, Décisions et rapports 76-A

*Maino c. Suisse*, n° 19231/91, décision de la Commission du 9 janvier 1995, non publiée

*Veriter c. France*, n° 25308/94, décision de la Commission du 2 septembre 1996, Décisions et rapports 86-A

*Ocelot S.A. c. Suisse*, n° 20873/92, décision de la Commission du 21 mai 1997, non publiée

*Association des amis de Saint-Raphaël et de Fréjus et autres c. France* (déc.), n° 45053/98, 29 février 2000

---

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



(...)

## EN FAIT

Les requérants, M. Jean-Marie Schreiber et M. Jean-Claude Boetsch, sont des ressortissants français, nés respectivement en 1942 et 1946 et résidant à Lautenbach et Raedersheim (France). Ils sont représentés devant la Cour par M<sup>e</sup> S. Thomann, avocat au barreau de Mulhouse. Le gouvernement défendeur est représenté par M. R. Abraham, directeur des affaires juridiques au ministère des Affaires étrangères.

### 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.

Les requérants sont des victimes de l'accident de l'Airbus A 320 survenu le 26 juin 1988 à Habsheim et ayant causé la mort de trois personnes; une centaine d'autres furent blessées. Le premier requérant est également le président de l'association des victimes de cet accident.

Le vice-président chargé de l'instruction au tribunal de grande instance de Colmar conduisit l'information judiciaire relative à cet accident. Par un arrêt du 9 avril 1998, frappé d'un pourvoi en cassation, la cour d'appel de Colmar condamna, pour homicides et blessures involontaires, diverses personnes dont les pilotes de l'appareil.

L'un des pilotes déposa personnellement une plainte avec constitution de partie civile devant le juge d'instruction de Mulhouse pour « bris de scellés et destruction, soustraction, recel, dissimulation ou altération de documents publics ou privés de nature à faciliter la recherche des crimes et délits, la découverte de preuves ou le châtimement de leur auteur », au motif que les enregistreurs de vol de l'avion avaient été volontairement falsifiés. Cette information fut confiée par la suite au juge d'instruction de Colmar et fut conclue par une ordonnance de non-lieu du 19 mars 1996 confirmée par un arrêt de la chambre d'accusation du 13 juin 1996.

Le juge d'instruction de Colmar fut saisi, soit directement, soit en raison du dessaisissement du juge d'instruction de Mulhouse, validé par un arrêt de la chambre d'accusation du 29 avril 1999, de cinq informations dont quatre sur constitution de parties civiles, notamment des requérants.

Le 29 juillet 1999, les requérants saisirent personnellement le premier président de la cour d'appel de Colmar d'une requête tendant à la récusation du juge d'instruction de Colmar. Ils soutenaient qu'il y avait eu, au départ ou en cours de procédure, des actes de manipulation et de substitution frauduleux et émettaient des doutes quant à l'impartialité

et l'objectivité de ce juge. Ils fondaient leur demande en récusation, notamment, sur l'article 6 de la Convention.

Par une ordonnance du 2 novembre 1999, insusceptible de voie de recours, le premier président rejeta cette requête en récusation et condamna *in solidum* ses auteurs à une amende civile de 1 000 francs français, soit environ 150 euros. Il estima notamment :

«Attendu qu'un juge ne méconnaît pas l'exigence d'impartialité par le seul fait qu'il intervient dans la même affaire s'il n'a pas préalablement apprécié les faits qui font l'objet de sa seconde saisine ; que sauf à lui faire un procès d'intention, il n'existe pas en l'espèce de raisons objectives de douter de l'impartialité de M. G. dont les actes d'information seront effectués sous le contrôle de la chambre d'accusation ;

Attendu que le fait que dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont légalement conférés, il ait précédemment refusé de faire procéder à des investigations ou auditions sollicitées par les mis en examen ou les victimes par des décisions qui ont été approuvées par la juridiction du second degré quand celle-ci a été saisie, ne permet pas de considérer que les inquiétudes des requérants sont objectivement justifiées ;»

Il décida également que cette ordonnance serait notifiée aux demandeurs, au procureur général et au juge concerné.

## **B. Le droit interne pertinent**

Les articles pertinents du code de procédure pénale en vigueur à l'époque des faits se lisent comme suit :

### **Article 669**

«La personne mise en examen, le prévenu, l'accusé et toute partie à l'instance qui veut récuser un juge d'instruction, un juge de police, un, plusieurs ou l'ensemble des juges du tribunal correctionnel, des conseillers de la cour d'appel ou de la cour d'assises doit, à peine de nullité, présenter requête au premier président de la cour d'appel.

Les magistrats du ministère public ne peuvent être récusés.

La requête doit désigner nommément le ou les magistrats récusés et contenir l'exposé des moyens invoqués avec toutes les justifications utiles à l'appui de la demande.

La partie qui aura procédé volontairement devant une cour, un tribunal ou un juge d'instruction ne sera reçue à demander la récusation qu'à raison des circonstances survenues depuis, lorsqu'elles seront de nature à constituer une cause de récusation.»

### **Article 671**

«Le premier président reçoit le mémoire complémentaire du demandeur, s'il y a lieu, et celui du magistrat dont la récusation est proposée ; il prend l'avis du procureur général et statue sur la requête.

L'ordonnance statuant sur la récusation n'est susceptible d'aucune voie de recours. Elle produit effet de plein droit.»

**Article 673**

« Toute ordonnance rejetant une demande de récusation prononce la condamnation du demandeur à une amende civile de 500 à 5 000 francs. »

**GRIEF**

Invoquant l'article 6 § 1 de la Convention, les requérants se plaignent de ce que l'examen de leur requête en récusation du juge d'instruction n'a pas eu un caractère équitable. Ils se plaignent du caractère non contradictoire de la procédure suivie, du fait que l'ordonnance de rejet était insusceptible de voie de recours et du fait que cette décision fut notifiée au président du tribunal de grande instance, non partie à la procédure, et aux avocats des parties civiles mais non à elles directement.

**EN DROIT**

Les requérants se plaignent de ce que l'examen de leur requête en récusation du juge d'instruction n'a pas eu un caractère équitable. Ils invoquent l'article 6 § 1 de la Convention, dont les dispositions pertinentes se lisent comme suit :

« 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 (...) »

Le Gouvernement estime, tout d'abord, que l'article 6 § 1 de la Convention n'est pas applicable, en l'espèce, sous son volet pénal, les requérants n'ayant la qualité d'accusé ni dans le cadre de la procédure en récusation soumise au premier président de la cour d'appel de Colmar, ni dans le cadre des procédures principales diligentées en 1998 à la suite de leurs plaintes avec constitution de partie civile.

Il estime, ensuite, que cet article n'est pas applicable non plus sous son volet civil. Il explique, d'une part, que la procédure en récusation ne porte pas en elle-même sur des droits et obligations de caractère civil. Il admet qu'elle porte sur une contestation mais souligne qu'elle n'a pas trait à un différend d'ordre patrimonial. Elle a pour objet de solliciter la récusation d'un juge et ne permet pas d'allouer des dommages et intérêts. De plus, les requérants n'ont pas allégué avoir subi de préjudice financier.

Il expose, d'autre part, que les plaintes avec constitution de partie civile n'entrant pas dans le champ d'application de l'article 6 de la Convention, puisque les requérants n'y avaient fait état d'aucun préjudice financier, la procédure en récusation ne peut y entrer « par connexité ».

Il explique, en outre, qu'en tout état de cause la procédure en récusation doit être considérée comme une procédure autonome, dont la nature est indépendante des contentieux qui l'ont générée. Même si la révocation

du juge pouvait avoir une influence sur le déroulement des instructions, elle n'aurait pas modifié l'issue de l'affaire, sauf à spéculer sur les investigations qui auraient alors été menées. En effet, quel qu'ait été le résultat de la procédure en récusation, les requérants pouvaient continuer à saisir le juge chargé des instructions de demandes d'actes puis à faire appel des éventuelles ordonnances de rejet. Il ajoute qu'à chaque étape de la procédure les requérants disposaient des moyens nécessaires pour obtenir, au moins par voie d'appel, l'accomplissement des actes qu'ils souhaitaient.

Le Gouvernement affirme que ces procédures parallèles étaient complètement distinctes. Il explique, d'une part, que la requête en récusation n'a pas d'effet suspensif et ne dessaisit pas le magistrat visé et, d'autre part, que la procédure en récusation ne comporte aucune investigation sur les faits dont est saisi le juge d'instruction et se limite à la question de la récusation. Il souligne enfin que ces procédures ne présentent pas d'identité de parties, d'objet, de cause ou de moyens. Ainsi, la nature de la procédure en récusation ne peut être fonction de la nature des contentieux à l'occasion desquels elle apparaît. Il s'agit d'une procédure d'administration de la justice, régie par un régime juridique propre et qui n'est ni civile ni pénale.

Le Gouvernement rappelle que l'amende civile infligée aux requérants n'est prononcée qu'à titre incident en conséquence du rejet de ladite demande, sans que cela puisse conférer à la procédure dans son ensemble la nature d'une contestation en matière civile.

Finalement, estimant que les plaintes avec constitution de partie civile à l'origine de la procédure en récusation étaient des tentatives indirectes d'obtenir au principal ce qu'ils n'avaient pu obtenir auparavant, le Gouvernement affirme que la demande en récusation ne concerne pas une contestation sur les droits et obligations de caractère civil des requérants.

Il considère, en conséquence, que l'article 6 § 1 de la Convention est inapplicable à la procédure en récusation du juge d'instruction.

Les requérants contestent cette analyse. Ils disent, également, ne pas remettre en cause la procédure en récusation dans son ensemble, mais le fait que, en tant que victimes, ils ont été condamnés à une amende sans que le principe du contradictoire soit respecté, sans qu'une audience ait lieu et sans aucune voie de recours.

Ils expliquent, également, que l'action en récusation est distincte de toute procédure antérieure, puisque la plainte pénale principale a été régularisée par d'autres victimes de l'accident et est encore en cours d'instruction.

La Cour constate que le seul objet de la procédure en cause était la récusation du magistrat chargé d'instruire l'affaire dans laquelle les requérants s'étaient constitués partie civile. Elle estime dès lors que la procédure en récusation est une procédure incidente et indépendante de la procédure principale qui l'a fait naître.

La question se pose de savoir si cette procédure emportait « décision » d'une contestation sur des « droits de caractère civil » au sens de l'article 6 § 1 de la Convention. Selon la jurisprudence constante de la Cour, l'article 6 § 1 de la Convention n'est applicable que si trois conditions sont réunies : il doit y avoir, au moins de manière défendable, un droit en jeu, le droit en jeu doit avoir fait l'objet d'une contestation et il doit revêtir un caractère civil (*W. c. Royaume-Uni*, arrêt du 8 juillet 1987, série A n° 121, p. 34, § 78).

La Cour observe que le premier président de la cour d'appel de Colmar n'était pas appelé à « décider » du bien-fondé de la plainte avec constitution de partie civile des requérants. Son rôle ne consistait en aucune manière à décider d'une contestation, mais à se prononcer sur la question incidente de la demande de récusation du juge d'instruction (voir, notamment, *Maino c. Suisse*, n° 19231/91, décision de la Commission du 9 janvier 1995, non publiée).

La Cour rappelle également que c'est au regard non de la qualification juridique, mais du contenu matériel et des effets que lui confère le droit interne de l'Etat en cause, qu'un droit doit être considéré ou non comme étant de caractère civil au sens de cette disposition (*König c. Allemagne*, arrêt du 28 juin 1978, série A n° 27, p. 30, § 89).

Or, aux yeux de la Cour, le droit d'obtenir une décision judiciaire sur la composition d'un tribunal n'est pas un droit de caractère civil. Il s'agit là, tout au plus, d'un droit de nature procédurale qui n'emporte pas la détermination de droits de caractère civil des requérants (*Maino*, précité, et *Ocelot S.A. c. Suisse*, n° 20873/92, décision de la Commission du 21 mai 1997, non publiée et, *mutatis mutandis*, *Courtet c. France*, n° 18873/91, décision de la Commission du 2 mars 1994, Décisions et rapports (DR) 76-A, p. 37). Il en va d'autant plus ainsi lorsque la demande ne porte pas sur la composition d'une juridiction de jugement mais sur le remplacement d'un juge d'instruction.

Dans la mesure où la procédure incidente pouvait avoir une influence sur la procédure principale relative à la plainte avec constitution de partie civile et, même à supposer que l'article 6 § 1 de la Convention soit applicable à la procédure principale, la Cour rappelle que l'article 6 § 1 de la Convention ne se contente pas d'un lien ténu ni de répercussions lointaines : l'issue de la procédure doit être directement déterminante pour des droits et obligations de caractère privé (*Ringelsen c. Autriche*, arrêt du 16 juillet 1971, série A n° 13, p. 39, § 94). En conséquence, la Cour estime que l'éventuelle applicabilité de l'article 6 § 1 à la procédure principale ne ferait pas entrer, par connexité, la procédure en récusation dans le champ d'application de cet article.

La question se pose, finalement, de savoir si le premier président de la cour d'appel de Colmar, en infligeant aux requérants une amende civile, a décidé d'une contestation sur un droit ou une obligation de caractère civil

des requérants ou a décidé du bien-fondé d'une accusation en matière pénale au sens de l'article 6 § 1 de la Convention.

La Cour souligne qu'une mesure de ce type présente le caractère de sanction procédurale et n'emporte pas détermination d'un droit ou d'une obligation «de caractère civil» (*Association des amis de Saint-Raphaël et de Fréjus et autres c. France* (déc.), n° 45053/98, 29 février 2000, et *Veriter c. France*, n° 25308/94, décision de la Commission du 2 septembre 1996, DR 86-A, p. 96); en outre, une telle sanction ne saurait soulever une question d'accès à la justice «civile» au sens de l'article 6 § 1 lorsque, comme en l'espèce, la procédure à l'issue de laquelle elle a été infligée échappe à l'emprise de cette disposition (*ibidem*). Enfin, en principe, en infligeant une amende pour recours abusif, une juridiction ne décide pas du bien fondé d'une «accusation en matière pénale» au sens dudit article (*ibidem*).

La Cour en conclut que la procédure en cause ne concernait pas le bien-fondé d'une accusation en matière pénale et qu'elle ne portait pas davantage sur une contestation sur des droits et obligations de caractère civil des requérants au sens de l'article 6 § 1 de la Convention.

Il s'ensuit que cette requête est incompatible *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention au sens de l'article 35 § 3 et doit être rejetée en application de l'article 35 § 4.

Par ces motifs, la Cour, à l'unanimité,

*Déclare* la requête irrecevable.



SCHREIBER AND BOETSCH v. FRANCE  
(Application no. 58751/00)

FIRST SECTION<sup>1</sup>

DECISION OF 11 DECEMBER 2003<sup>2</sup>

---

1. Sitting as a Chamber composed of Mr C.L. Rozakis, *President*, Mr P. Lorenzen, Mr J.-P. Costa, Mrs F. Tulkens, Mrs N. Vajić, Mr E. Levits, Mrs S. Botoucharova, *judges*, and Mr S. Nielsen, *Deputy Section Registrar*.

2. Translation; original French.



SUMMARY<sup>1</sup>**Applicability of Article 6 to a challenge procedure****Article 6 § 1**

*Applicability – Civil rights and obligations – Challenge procedure – Ancillary action, independent of main proceedings – Nature of fine for abuse of process*

\*  
\* \*

The applicants had lodged a criminal complaint with an application to join the proceedings as a civil party. Having doubts as to the impartiality of the investigating judge, they challenged him. Their request was refused and they were ordered to pay a civil fine.

*Held*

Article 6 § 1: The challenge procedure was an ancillary action, independent of the main proceedings. The right to obtain a judicial decision on the replacement of a judge was not a civil right and the possible applicability of Article 6 § 1 to the main proceedings did not bring the challenge procedure within the ambit of this Article through association. The civil fine imposed in the instant case at the close of the challenge procedure was a procedural sanction which did not involve the determination of a “civil” right or obligation; in addition, such a sanction could not raise an issue of access to “civil” justice within the meaning of Article 6 § 1 where, as in the instant case, the proceedings in which it was imposed fell outside the ambit of this provision. Finally, in principle, by imposing a fine for abuse of process, a court did not determine a “criminal charge”: incompatible *ratione materiae*.

**Case-law cited by the Court**

*Ringelsen v. Austria*, judgment of 16 July 1971, Series A no. 13

*König v. Germany*, judgment of 28 June 1978, Series A no. 27

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

*Courtlet v. France*, no. 18873/91, Commission decision of 2 March 1994, Decisions and Reports 76-B

*Maino v. Switzerland*, no. 19231/91, Commission decision of 9 January 1995, unreported

*Veriter v. France*, no. 25308/94, Commission decision of 2 September 1996, Decisions and Reports 86-B

*Ocelot S.A. v. Switzerland*, no. 20873/92, Commission decision of 21 May 1997, unreported

*Association des amis de Saint-Raphaël et de Fréjus and Others v. France* (dec.), no. 45053/98, 29 February 2000

---

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



...

## THE FACTS

The applicants, Mr Jean-Marie Schreiber and Mr Jean-Claude Boetsch, are French nationals, born in 1942 and 1946 respectively, who live in Lautenbach and Raedersheim (France). They were represented before the Court by Mr S. Thomann, of the Mulhouse Bar. The Government were represented by their Agent, Mr R. Abraham, Director of Legal Affairs at the Ministry of Foreign Affairs.

### A. The circumstances of the case

The facts of the case, as submitted by the parties, may be summarised as follows.

The applicants are victims of the Airbus A320 accident which occurred in Habsheim on 26 June 1988, causing the deaths of three people and injuring about a hundred others. The first applicant is also the chairperson of the accident victims' association.

The vice-president responsible for investigations at the Colmar *tribunal de grande instance* conducted the judicial investigation into the accident. In a judgment of 9 April 1998, the Colmar Court of Appeal convicted various individuals, including the pilots of the aircraft, of unintentionally causing death and injury. An appeal on points of law was lodged against that judgment.

One of the pilots personally filed a complaint with the Mulhouse investigating judge and applied to join the proceedings as a civil party, alleging "breaking of seals and destruction, unlawful removal, concealment, dissimulation or alteration of public or private documents likely to facilitate the investigation of serious crimes and other major offences, the discovery of evidence, or the punishment of their perpetrator", on the ground that the aircraft's flight recorders had been deliberately tampered with. This investigation was subsequently entrusted to the Colmar investigating judge and was closed by an order of 19 March 1996 finding that there was no case to answer, which was upheld by a judgment of 13 June 1996 of the Indictment Division.

The investigation of five complaints, including four in which the applicants, *inter alios*, applied to join the proceedings as a civil party, was referred to the Colmar investigating judge, either directly or as a result of the relinquishment of jurisdiction by the Mulhouse investigating judge, which was confirmed by a judgment of the Indictment Division of 29 April 1999.

On 29 July 1999 the applicants personally applied to the President of the Colmar Court of Appeal to challenge the Colmar investigating judge. They claimed that fraudulent acts of manipulation and substitution had been carried out at the outset or during the proceedings, and expressed doubts regarding the judge's impartiality and objectivity. Their application was based, *inter alia*, on Article 6 of the Convention.

By an order of 2 November 1999 that was not subject to appeal, the President dismissed the challenge and ordered the applicants jointly and severally to pay a civil fine of 1,000 French francs (about 150 euros). He held, in particular:

"A judge does not infringe the requirement of impartiality by the mere fact of intervening in the same case twice, provided that he has not previously evaluated the facts referred to him on the second occasion; short of impugning his motives, there are no objective reasons in the present case to doubt the impartiality of Mr G., whose investigative activities will be carried out under the Indictment Division's supervision.

The fact that, in the exercise of the powers legally conferred on him, he had previously refused to conduct the investigations or hearings requested by those placed under examination or by the victims, in decisions which were approved by the Court of Appeal when this matter was referred to it, does not provide grounds for finding that the applicants' concerns are objectively justified."

He also directed that the claimants, the Principal Public Prosecutor and the judge concerned were to be notified of this order.

## **B. Relevant domestic law**

The relevant Articles of the Code of Criminal Procedure applicable at the material time read as follows:

### **Article 669**

"A person under investigation, defendant, accused and any party to the proceedings who wishes to challenge an investigating judge, a judge of the police court or one or more or all of the judges of the criminal court, the court of appeal or the assize court must, if the request is to be valid, submit an application to the president of the court of appeal.

Members of State Counsel's Office cannot be challenged.

The application must mention by name the judge or judges being challenged and set out the grounds relied on, together with all the supporting evidence.

A party who has willingly proceeded in a court or before an investigating judge shall be entitled to challenge a judge only on the basis of circumstances that have arisen since, where they are such as to constitute a ground for challenge."

**Article 671**

“The president shall receive the applicant’s supplementary memorial, if necessary, and that of the judge being challenged; he shall obtain the opinion of the Principal Public Prosecutor and shall rule on the application.

No appeal shall lie against the order ruling on the challenge. It shall have full legal force.”

**Article 673**

“Any order dismissing a challenge shall sentence the applicant to a civil fine of 500 to 5,000 francs.”

**COMPLAINT**

Relying on Article 6 § 1 of the Convention, the applicants complained that the examination of their application to challenge the investigating judge had not been fair. They complained that the proceedings had not been adversarial, that no appeal lay against the order dismissing their application and that the decision had been notified to the President of the *tribunal de grande instance*, who was not a party to the proceedings, and to the civil parties’ lawyers, but not directly to the parties themselves.

**THE LAW**

The applicants complained that the examination of their application to challenge the investigating judge had not been fair. They relied on Article 6 § 1 of the Convention, the relevant provisions of which read as follows:

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

The Government considered, firstly, that Article 6 § 1 of the Convention was not applicable in the instant case under its criminal head, as the applicants had not faced charges either in the challenge procedure before the President of the Colmar Court of Appeal or in the main proceedings brought in 1998 following their complaints and applications to join the proceedings as civil parties.

They further considered that this Article was not applicable under its civil head either. They explained, firstly, that a challenge procedure did not in itself concern civil rights and obligations. They accepted that such a procedure related to a dispute, but emphasised that it did not concern an economic dispute. Its aim was to challenge a judge, and it did not make provision for compensation. In addition, the applicants did not claim to have suffered financial loss.

Secondly, they argued that since the complaints and applications to join the proceedings as civil parties did not fall within the ambit of Article 6 of the Convention, given that the applicants had not claimed any financial loss, the challenge procedure could not come under this Article “through association”.

In addition, they explained that, in any event, the challenge procedure had to be regarded as autonomous proceedings, the nature of which was independent of the litigation which had given rise to it. Although the judge’s removal could have influenced the conduct of the investigations, it would not have changed the outcome of the case, unless one were to speculate on the investigations which would then have been carried out. Whatever the outcome of the challenge procedure, the applicants could have continued to apply to the investigating judge for other measures, and then to appeal against any orders dismissing those applications. They added that, at every stage of the proceedings, the applicants had enjoyed access to the necessary means to ensure that the measures they sought were obtained, at least on appeal.

The Government claimed that those parallel proceedings were completely separate from each other. They explained, firstly, that the application to challenge the judge did not have suspensive effect and did not remove jurisdiction from the judge in question and, secondly, that the challenge procedure included no investigation into the facts that the investigating judge was required to examine, and was restricted to the question of his or her removal. Finally, they emphasised that there was no identity of parties, subject matter, issue or cause of action in these sets of proceedings. Thus, the nature of the challenge procedure could not depend on the nature of the litigation during which it was initiated. Such a procedure was part of the administration of justice, governed by its own legal system, which was neither civil nor criminal.

The Government pointed out that the civil fine imposed on the applicants had been handed down only as an ancillary measure, as a result of the dismissal of their application, and that this did not confer the nature of a civil dispute on the proceedings as a whole.

Finally, arguing that the applicants’ complaints and applications to join the proceedings as civil parties which were at the origin of the challenge procedure had been indirect attempts to obtain in the main proceedings what they had been unable to obtain previously, the Government stated that the application to challenge the judge did not concern the determination of the applicants’ civil rights and obligations.

Consequently, they submitted that Article 6 § 1 of the Convention was inapplicable to the procedure to challenge the investigating judge.

The applicants contested this line of reasoning. They further stated that they were not complaining about the challenge procedure in general, but about the fact that, as victims, they had been sentenced to a fine without



the adversarial principle being complied with, without a hearing and without an opportunity to appeal.

They also explained that the challenge was distinct from any previous proceedings, since the main criminal complaint had been validated by other victims of the accident and was still under investigation.

The Court notes that the sole purpose of the proceedings in issue was to challenge the judge responsible for investigating the case to which the applicants had been joined as civil parties. Accordingly, it considers that the challenge procedure was an ancillary action, independent of the main proceedings which gave rise to it.

The question arises whether this procedure involved the determination of “civil rights” within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention. According to the Court’s established case-law, Article 6 § 1 of the Convention is applicable only if three conditions are met: there must be, at least on arguable grounds, a right in issue; the right in issue must have been the object of a “*contestation*” (dispute); and it must be civil (see *W. v. the United Kingdom*, judgment of 8 July 1987, Series A no. 121, p. 34, § 78).

The Court notes that the President of the Colmar Court of Appeal was not called upon to “determine” the merits of the applicants’ civil-party application. His role did not in any sense consist in settling a dispute, but in ruling on the ancillary question of the challenge to the investigating judge (see, among other authorities, *Maino v. Switzerland*, no. 19231/91, Commission decision of 9 January 1995, unreported).

The Court also points out that the question of whether a right is to be regarded as civil within the meaning of this provision must be determined by reference to the substantive content and effects of the right under the domestic law of the State concerned, and not its legal classification (see *König v. Germany*, judgment of 28 June 1978, Series A no. 27, p. 30, § 89).

In the Court’s opinion, the right to obtain a judicial decision on the composition of a court is not a civil right. At most, it is a procedural right which does not entail the determination of the applicants’ civil rights (see *Maino*, cited above; *Ocelot S.A. v. Switzerland*, no. 20873/92, Commission decision of 21 May 1997, unreported; and, *mutatis mutandis*, *Courlet v. France*, no. 18873/91, Commission decision of 2 March 1994, Decisions and Reports (DR) 76-B, p. 37). This is particularly the case where the application does not relate to the composition of a trial court, but to the replacement of an investigating judge.

In so far as the ancillary proceedings could have an influence on the main proceedings regarding the complaint and application to join the proceedings as a civil party, and even supposing that Article 6 § 1 of the Convention were to be applicable to the main proceedings, the Court reiterates that a tenuous connection or remote consequences are not sufficient to bring Article 6 § 1 of the Convention into play: the outcome

of the proceedings must be directly decisive for private rights and obligations (see *Ringeisen v. Austria*, judgment of 16 July 1971, Series A no. 13, p. 39, § 94). Consequently, the Court considers that the possible applicability of Article 6 § 1 to the principal proceedings would not bring the challenge procedure within the ambit of this Article through association.

Finally, the question arises whether, in imposing a civil fine on the applicants, the President of the Colmar Court of Appeal determined a civil right or obligation of the applicants or a criminal charge within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention.

The Court points out that a measure of this sort is a procedural sanction not involving the determination of a “civil” right or obligation (see *L’Association des amis de Saint-Raphaël et de Fréjus v. France* (dec.), no. 45053/98, 29 February 2000, and *Veriter v. France*, no. 25308/94, Commission decision of 2 September 1996, DR 86-B, p. 96); in addition, such a sanction cannot raise an issue of access to “civil” justice within the meaning of Article 6 § 1 where, as in the instant case, the proceedings in which it was imposed fall outside the ambit of this provision (*ibid.*). Finally, in principle, by imposing a fine for abuse of process, a court is not determining a “criminal charge” within the meaning of that Article (*ibid.*).

Accordingly, the Court concludes that the proceedings in issue did not concern the determination either of a criminal charge or of the applicants’ civil rights and obligations within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention.

It follows that the application is incompatible *ratione materiae* with the provisions of the Convention within the meaning of Article 35 § 3 and must be rejected in accordance with Article 35 § 4.

For these reasons, the Court unanimously

*Declares* the application inadmissible.

TRANSADO-TRANSPORTES FLUVIAIS DO SADO, S.A.,  
c. PORTUGAL  
(Requête n° 35943/02)

TROISIÈME SECTION<sup>1</sup>

DÉCISION DU 16 DÉCEMBRE 2003<sup>2</sup>

---

1. Siégeant en une chambre composée de M. G. Ress, *président*, M. I. Cabral Barreto, M. L. Caflisch, M. P. Küris, M. R. Türmen, M. K. Traja, M<sup>me</sup> A. Gyulumyan, *juges*, et de M. V. Berger, *greffier de section*.

2. Texte français original.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Interprétation par un tribunal arbitral d'une clause d'un contrat****Article 1 du Protocole n° 1**

*Respect des biens – Interprétation par un tribunal arbitral d'une clause d'un contrat – Clause d'arbitrage – Absence d'arbitraire – Absence d'ingérence des autorités publiques dans le droit au respect des biens*

\*  
\* \* \*

La société requérante assurait un service de transport fluvial en vertu d'un contrat de concession conclu avec une administration portuaire. Le contrat prévoyait que tout litige concernant la validité et l'interprétation ou l'exécution de ses dispositions serait obligatoirement soumis à un tribunal arbitral, constitué de trois arbitres. Une autre clause du contrat indiquait qu'au terme de la concession l'administration portuaire deviendrait propriétaire de tous les biens et que, s'agissant des biens acquis par la requérante et non amortis à cette date, l'intéressée aurait droit à une indemnisation sous réserve d'un accord préalable entre les parties. Aucun accord ne fut cependant entériné. Alors que la concession allait prendre fin, la requérante présenta sa demande d'indemnisation. Le litige qui éclata entre les parties fut soumis au tribunal arbitral constitué selon les prévisions du contrat. Après avoir interprété la clause pertinente du contrat et constaté qu'aucun accord n'était intervenu entre les parties, le tribunal arbitral débouta la requérante.

1. Article 1 du Protocole n° 1 : la requérante se plaignait d'avoir subi une privation de propriété sans être indemnisée. Toutefois, aucune immixtion dans le droit au respect des biens de la requérante n'est imputable aux autorités portugaises. Il convient de rechercher si l'interprétation faite par le tribunal arbitral du contrat de concession est constitutive d'une ingérence dans le droit au respect des biens de la requérante et, le cas échéant, si une telle ingérence se justifiait. S'agissant de l'interprétation d'une clause juridique privée adoptée par les deux parties à un contrat, les autorités nationales, en particulier les cours et tribunaux, jouissent d'une grande latitude. Le contrôle exercé par la Cour doit se borner à vérifier si l'interprétation des juridictions nationales en cause était raisonnable et exempte d'arbitraire. En l'occurrence, l'interprétation faite par le tribunal arbitral ne saurait être qualifiée de déraisonnable ou d'arbitraire. Il s'ensuit qu'il n'y a eu en l'espèce aucune ingérence des autorités publiques dans le droit de la requérante au respect de ses biens, la privation de propriété en cause étant le résultat de

---

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

l'interprétation, par le tribunal arbitral, d'une clause du contrat de concession. Dès lors, l'article 1 du Protocole n° 1 ne trouve pas à s'appliquer : incompatibilité *ratione materiae*.

2. Article 6 § 1 de la Convention : cet article ne s'oppose pas à la création de tribunaux arbitraux en vue du règlement de certains litiges. Par « tribunal » l'article 6 § 1 n'entend pas nécessairement une juridiction de type classique, intégrée aux juridictions ordinaires du pays. En choisissant d'inclure dans le contrat une clause prévoyant que la décision du tribunal arbitral n'était pas susceptible de recours, la requérante a renoncé à certains droits, de manière licite et non équivoque, renonciation que l'article 6 n'empêche pas.

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

*Winterwerp c. Pays-Bas*, arrêt du 24 octobre 1979, série A n° 33

*Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, arrêt du 8 juillet 1986, série A n° 102

*Pfeifer et Plankl c. Autriche*, arrêt du 25 février 1992, série A n° 227

*Honecker et autres c. Allemagne (déc.)*, nos 53991/00 et 54999/00, CEDH 2001-XII

*De Diego Nafria c. Espagne*, n° 46833/99, 14 mars 2002

*Iglesias Gil et A.U.I. c. Espagne*, n° 56673/00, CEDH 2003-V

*Slivenko c. Lettonie [GC]*, n° 48321/99, CEDH 2003-X

(...)

## EN FAIT

La requérante, Transado-Transportes Fluviais do Sado, S.A., est une société anonyme de droit portugais, dont le siège se trouve à Setúbal (Portugal). Elle est représentée devant la Cour par M<sup>e</sup> M. Mendes Carqueijeiro et M<sup>e</sup> I. Machado, avocats à Lisbonne.

Les faits de la cause, tels qu'ils ont été exposés par la requérante, peuvent se résumer comme suit.

La requérante est une compagnie de transport fluvial qui assurait la traversée du fleuve Sado, entre Setúbal et Tróia, en vertu d'un contrat de concession conclu en 1976 avec l'administration du port de Setúbal (ci-après «l'APS»).

La clause XXXIII de ce contrat prévoyait que tout litige concernant la validité et l'interprétation ou l'exécution des dispositions du contrat de concession serait obligatoirement soumis à un tribunal arbitral constitué de trois arbitres, dont le premier serait désigné par l'APS, le deuxième par la requérante et le troisième – le président – par le tribunal de Setúbal.

La clause XXVI du contrat disposait qu'au terme de la concession l'APS deviendrait propriétaire de tous les biens et équipements, y compris les embarcations. S'agissant cependant des biens acquis par la requérante avec l'accord de l'APS et non encore amortis à la date du terme de la concession, la Transado aurait droit à une indemnisation correspondant à la valeur non encore amortie. A cette fin, la requérante et l'APS devaient se mettre d'accord sur les délais d'amortissement des biens en cause.

Le 4 août 1981, la requérante et l'APS signèrent un avenant au contrat de concession fixant le délai de concession à vingt ans. Ce délai serait automatiquement prorogé pour dix ans, sauf si l'une des parties le dénonçait au moins six mois avant la date de la fin du contrat. Des négociations en vue de la modification de la clause XXVI du contrat de concession, portant notamment sur le calcul de l'indemnisation, eurent également lieu entre la requérante et l'APS, mais n'aboutirent pas. Dans une lettre de l'APS adressée le 14 octobre 1980 à la requérante, une proposition concrète d'amendement de la clause XXVI est mentionnée. Toutefois, aucune modification du contrat à cet égard ne fut entérinée.

En 2001, l'intéressée disposait d'une flotte de huit embarcations, conventionnelles et de type ferry-boat, qu'elle avait achetées elle-même, dont au moins trois avec l'autorisation de l'APS.

Le 29 janvier 2001, l'APS informa la requérante de son intention de ne pas renouveler la concession, qui devrait ainsi se terminer le 4 août 2001. Elle invoquait notamment la situation économique difficile de la requé-

rante, aux prises avec des dettes considérables envers le fisc et la sécurité sociale, dettes qui avaient d'ailleurs entraîné la saisie de certaines embarcations.

Le 19 mars 2001, la requérante présenta sa demande d'indemnisation auprès de l'APS. Elle soutenait qu'une telle indemnisation devait être calculée selon les critères de la clause XXVI du contrat de concession, telle qu'amendée par la lettre de l'APS du 14 octobre 1980.

Le 11 juin 2001, l'APS indiqua qu'une éventuelle indemnisation ne pourrait avoir lieu qu'à la lumière du libellé original de la clause XXVI du contrat de concession et en aucun cas selon les critères de la proposition d'amendement du 14 octobre 1980, qui n'avait jamais été entérinée.

Le 22 juin 2001, la requérante demanda la constitution du tribunal arbitral prévu à la clause XXXIII du contrat de concession, en vue du règlement du litige.

Le tribunal arbitral fut formé le 12 novembre 2001. Tant la requérante que l'APS présentèrent leurs observations et des témoins furent entendus.

Le tribunal arbitral rendit une sentence unanime le 2 avril 2002. Il rejetait la demande d'indemnisation de la requérante. Se livrant à une interprétation de la clause XXVI, et après avoir constaté que seul le texte original du contrat de concession pouvait s'appliquer, il soulignait qu'il ne ressortait pas des faits établis que la requérante et l'APS se fussent mises d'accord sur les délais d'amortissement des biens en cause. La demande d'indemnisation était ainsi vouée à l'échec.

## GRIEFS

Invoquant l'article 1 du Protocole n° 1, la requérante se plaint d'avoir subi une privation de propriété sans bénéficier d'aucune indemnisation.

Sous l'angle de l'article 6 § 1 de la Convention, elle allègue également que la procédure qui s'est déroulée devant le tribunal arbitral était inéquitable.

## EN DROIT

1. La requérante se plaint d'avoir subi une privation de propriété sans qu'aucune indemnisation lui ait été octroyée. Elle invoque l'article 1 du Protocole n° 1, qui dispose :

« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. »



A ce propos, la requérante fait valoir qu'elle est la propriétaire des biens en cause, notamment des embarcations, et qu'elle s'est vu déposséder de ces biens en raison de l'interprétation d'une clause du contrat de concession qui portait manifestement atteinte à ses droits au regard de cette disposition de la Convention.

La Cour rappelle que «l'article I garantit en substance le droit de propriété (...). Il contient «trois normes distinctes»: la première, qui s'exprime dans la première phrase du premier alinéa et revêt un caractère général, énonce le principe du respect de la propriété; la deuxième, figurant dans la seconde phrase du même alinéa, vise la privation de propriété et la soumet à certaines conditions; quant à la troisième, consignée dans le second alinéa, elle reconnaît aux États contractants le droit, entre autres, de réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général et en mettant en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires à cette fin (...). Il ne s'agit pas pour autant de règles dépourvues de rapport entre elles: la deuxième et la troisième ont trait à des exemples particuliers d'atteintes au droit de propriété; dès lors, elles doivent s'interpréter à la lumière du principe consacré par la première (...).» (voir, parmi beaucoup d'autres, *Honecker et autres c. Allemagne* (déc.), n<sup>os</sup> 53991/00 et 54999/00, CEDH 2001-XII).

La Cour doit tout d'abord déterminer s'il y a eu ingérence d'une autorité publique dans le droit de propriété de la requérante. Elle constate à cet égard qu'il est entendu qu'en l'espèce on ne saurait reprocher aux autorités portugaises une quelconque immixtion dans le droit au respect des biens de la requérante. Le rôle de la Cour consiste à rechercher si l'interprétation faite par le tribunal arbitral du contrat de concession en cause est constitutive d'une ingérence dans le droit au respect des biens de la requérante et, le cas échéant, si une telle ingérence se justifiait.

A maintes reprises et dans des domaines très variés, la Cour a déclaré qu'il incombait au premier chef aux autorités nationales, et singulièrement aux cours et tribunaux, d'interpréter et d'appliquer le droit interne (voir, par exemple, les arrêts *Winterwerp c. Pays-Bas*, 24 octobre 1979, série A n<sup>o</sup> 33, p. 20, § 46, *Iglesias Gil et A.U.I. c. Espagne*, n<sup>o</sup> 56673/00, § 61, CEDH 2003-V, et *Slivenko c. Lettonie* [GC], n<sup>o</sup> 48321/99, § 105, CEDH 2003-X). Ce principe qui, par définition, vaut pour la législation interne, s'applique à plus forte raison lorsqu'il s'agit de l'interprétation d'une clause juridique privée adoptée par les deux parties à un contrat. Dans une matière comme celle de l'espèce, les juridictions internes se trouvent mieux placées que le juge international pour évaluer, à la lumière des traditions juridiques locales, le contexte particulier du différend juridique qui lui est soumis et les divers droits et intérêts concurrents (voir, par exemple, *De Diego Nafria c. Espagne*, n<sup>o</sup> 46833/99, § 39, 14 mars 2002). C'est pourquoi les autorités nationales, en particulier les cours et

tribunaux, jouissent d'une grande latitude lorsqu'elles sont appelées à se prononcer dans ces domaines.

La Cour peut exercer un contrôle sur les décisions des tribunaux internes, mais dans des cas comme celui de l'espèce ce contrôle doit se borner à vérifier si l'interprétation des juridictions nationales en cause était raisonnable et exempte d'arbitraire.

En l'occurrence, le tribunal arbitral constitué conformément au contrat de concession a interprété la clause XXVI de ce contrat, qui concernait l'indemnisation éventuelle de la requérante, et conclu qu'une telle indemnisation ne pouvait avoir lieu en l'absence d'un accord préalable entre les deux parties au contrat sur les délais d'amortissement des biens en question. Selon la Cour, une telle interprétation ne saurait être qualifiée de déraisonnable ou d'arbitraire, d'autant que la requérante elle-même reconnaît qu'un tel accord préalable n'a pas eu lieu.

Il s'ensuit qu'il n'y a eu en l'espèce aucune ingérence des autorités publiques dans le droit de la requérante au respect de ses biens, la privation de propriété en cause étant le résultat de l'interprétation, par le tribunal arbitral, d'une clause du contrat de concession. Dès lors, l'article 1 du Protocole n° 1 ne trouve pas à s'appliquer, cette partie de la requête devant donc être rejetée comme étant incompatible *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention, conformément à son article 35 § 3.

2. La requérante se plaint de ne pas avoir bénéficié d'un procès équitable dans le cadre de la procédure qui s'est déroulée devant le tribunal arbitral. Celui-ci n'aurait pas été impartial, la requérante n'ayant de surcroît pas bénéficié d'un droit de recours contre sa décision. Elle invoque l'article 6 § 1 de la Convention, qui dispose notamment :

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

La Cour relève d'emblée que l'article 6 ne s'oppose pas à la création de tribunaux arbitraux en vue du règlement de certains litiges. D'ailleurs, par « tribunal » l'article 6 § 1 n'entend pas nécessairement une juridiction de type classique, intégrée aux juridictions ordinaires du pays (voir notamment *Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, arrêt du 8 juillet 1986, série A n° 102, pp. 72-73, § 201).

En l'espèce, c'est la requérante elle-même qui, en accord avec l'APS, a décidé de soustraire aux juridictions ordinaires certains différends pouvant naître de l'exécution du contrat de concession. De telles clauses d'arbitrage sont d'ailleurs courantes s'agissant de contrats comme celui en cause dans la présente affaire.

La requérante allègue, sans donner plus de précisions, que la procédure en question n'a pas été équitable. La Cour constate quant à elle que la

requérante a pu présenter les arguments qu'elle a estimé pertinents dans une parfaite égalité avec l'APS.

Quant à la partialité du tribunal, la Cour constate d'abord que la requérante ne donne aucune précision sur ce grief, se limitant à contester «l'impartialité» du tribunal. Elle n'aperçoit ensuite aucun élément susceptible de mettre en cause soit l'impartialité subjective des membres du tribunal arbitral, soit l'impartialité objective de ce dernier. Quant à l'impartialité objective en particulier, la procédure de constitution du tribunal arbitral prévue par la clause XXXIII écarte tout doute que l'on pourrait avoir en la matière (*Lithgow et autres* précité, p. 73, § 202).

Enfin, il est vrai qu'aucun recours n'était prévu contre la décision du tribunal arbitral, mais c'est la requérante elle-même, en accord avec l'APS, qui a choisi d'inclure une telle clause dans le contrat de concession. Or rien n'empêche l'intéressé de renoncer à certains droits, dès lors qu'une telle renonciation est, comme en l'occurrence, licite et non équivoque (*Pfeifer et Plankl c. Autriche*, arrêt du 25 février 1992, série A n° 227, pp. 16-17, § 37).

En somme, aucun élément ne vient étayer la thèse de la requérante selon laquelle la procédure qui s'est déroulée devant le tribunal arbitral n'aurait pas revêtu un caractère équitable. Il s'ensuit qu'il n'y a aucune apparence de violation de l'article 6 § 1 de la Convention, cette partie de la requête étant dès lors manifestement mal fondée. Ce grief doit donc être rejeté, conformément à l'article 35 § 3 de la Convention.

Par ces motifs, la Cour, à l'unanimité,

*Déclare* la requête irrecevable.



TRANSADO-TRANSPORTES FLUVIAIS DO SADO, S.A.,  
v. PORTUGAL  
(*Application no. 35943/02*)

THIRD SECTION<sup>1</sup>

DECISION OF 16 DECEMBER 2003<sup>2</sup>

---

1. Sitting as a Chamber composed of Mr G. Ress, *President*, Mr I. Cabral Barreto, Mr L. Caflisch, Mr P. Küris, Mr R. Türmen, Mr K. Traja, Mrs A. Gyulumyan, *judges*, and Mr V. Berger, *Section Registrar*.

2. Translation; original French.



SUMMARY<sup>1</sup>**Interpretation by arbitration tribunal of clause in contract****Article 1 of Protocol No. 1**

*Peaceful enjoyment of possessions – Interpretation by arbitration tribunal of clause in contract – Arbitration clause – No arbitrariness – No interference by public authorities with right to peaceful enjoyment of possessions*

\*  
\*   \*

The applicant company operated a ferry service under a concession contract concluded with a port authority. The contract provided that any dispute concerning the validity, interpretation or execution of its provisions would in all cases be submitted to an arbitration tribunal made up of three arbitrators. Another clause of the contract stated that on expiry of the concession the port authority would become the owner of all assets and that, in respect of assets acquired by the applicant company and which were not written off by that date, the applicant company would be entitled to compensation, subject to a prior agreement between the parties. However, no agreement was reached. As the concession was about to be terminated, the applicant company submitted its request for compensation. The dispute which arose between the parties was submitted to an arbitration tribunal composed in accordance with the contract's provisions. After interpreting the relevant clause of the contract and noting that no agreement had been concluded between the parties, the arbitration tribunal found against the applicant company.

*Held*

(1) Article 1 of Protocol No. 1: The applicant company complained that it had been deprived of its property without compensation. However, no interference with the applicant company's right to peaceful enjoyment of its possessions could be attributed to the Portuguese authorities. It was necessary to ascertain whether the arbitration tribunal's interpretation of the concession contract had constituted interference with the applicant company's right to peaceful enjoyment of its possessions and, if so, whether such interference had been justified. With regard to the interpretation of a private-law clause adopted by both parties to a contract, the national authorities, and especially the courts, enjoyed a wide margin of appreciation. The Court's supervision was restricted to checking whether the national courts' disputed interpretation was reasonable and not arbitrary. In the instant case, the arbitration tribunal's interpretation could not be described as

---

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

unreasonable or arbitrary. It followed that, in the instant case, there had been no interference by the public authorities with the applicant company's right to peaceful enjoyment of its possessions, the deprivation of property having been the result of the interpretation of a clause in the concession contract by the arbitration tribunal. Accordingly, Article 1 of Protocol No. 1 was not applicable: incompatible *ratione materiae*.

(2) Article 6 § 1 of the Convention: This Article did not preclude the setting up of arbitration tribunals in order to settle certain disputes. The word "tribunal" in Article 6 § 1 was not necessarily to be understood as signifying a court of law of the classic kind, integrated within the standard judicial machinery of the country. By choosing to insert in the contract a clause stating that no appeal lay against the arbitration tribunal's decision, the applicant company had lawfully and unequivocally waived certain rights, a waiver which Article 6 did not preclude.

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

*Winterwerp v. the Netherlands*, judgment of 24 October 1979, Series A no. 33  
*Lithgow and Others v. the United Kingdom*, judgment of 8 July 1986, Series A no. 102  
*Pfeifer and Plankl v. Austria*, judgment of 25 February 1992, Series A no. 227  
*Honecker and Others v. Germany* (dec.), nos. 53991/00 and 54999/00, ECHR 2001-XII  
*De Diego Nafria v. Spain*, no. 46833/99, 14 March 2002  
*Iglesias Gil and A.U.I. v. Spain*, no. 56673/00, ECHR 2003-V  
*Slivenko v. Latvia* [GC], no. 48321/99, ECHR 2003-X



...

## THE FACTS

The applicant company, Transado-Transportes Fluviais do Sado, S.A., is a public limited company formed under Portuguese law, whose registered office is in Setúbal (Portugal). It was represented before the Court by Mr M. Mendes Carqueijeiro and Mr I. Machado, of the Lisbon Bar.

The facts of the case, as submitted by the applicant company, may be summarised as follows.

The applicant company is a river transport company which operated a ferry across the river Sado between Setúbal and Tróia under a concession contract concluded in 1976 with the Setúbal port authorities ("the APS").

Clause XXXIII of the contract provided that any dispute concerning the validity, interpretation or execution of the provisions of the concession contract would in all cases be submitted to an arbitration tribunal made up of three arbitrators, the first to be appointed by the APS, the second by the applicant company and the third – the president – by the Setúbal court.

Clause XXVI of the contract stated that on expiry of the concession the APS would become the owner of all assets and equipment, including ships. However, Transado would be entitled to compensation in respect of those assets acquired by it with the APS's agreement which had not yet been written off on expiry of the concession; such compensation would correspond to the value that had not been written off. To this end, the applicant company and the APS were required to reach agreement on the writing-off periods for the assets in issue.

On 4 August 1981 the applicant company and the APS signed a supplementary agreement to the concession contract, fixing the length of the concession at twenty years. This period would be automatically extended for ten years unless one of the parties repudiated it at least six months prior to expiry of the contract. Negotiations were also held between the applicant company and the APS with a view to amending clause XXVI of the concession contract, particularly with regard to the formula for calculating compensation, but these came to nothing. In a letter from the APS to the applicant company, dated 14 October 1980, a concrete proposal on amending clause XXVI was put forward. However, no such amendment to the contract was agreed.

In 2001 the applicant company operated a fleet of eight conventional vessels and ferries which it had bought itself; at least three had been purchased with the APS's authorisation.

On 29 January 2001 the APS informed the applicant company that it did not intend to renew the concession, which would therefore expire on

4 August 2001. It referred in particular to the applicant company's difficult financial situation and to the problems arising from the considerable sums which it owed to the tax and social security authorities, debts which moreover had entailed the seizure of certain vessels.

On 19 March 2001 the applicant company submitted its request for compensation to the APS. It argued that any such compensation ought to be calculated on the basis of the provisions of clause XXVI of the concession contract, as amended by the APS's letter of 14 October 1980.

On 11 June 2001 the APS stated that compensation could be awarded only on the basis of the original wording of clause XXVI of the concession contract, and under no circumstances could any such compensation be awarded on the basis of the amendment proposed on 14 October 1980, which had never been agreed.

On 22 June 2001 the applicant company requested that the arbitration tribunal provided for in clause XXXIII of the concession contract be convened, with a view to settling the dispute.

The arbitration tribunal was formed on 12 November 2001. The applicant company and the APS both submitted observations and witnesses were questioned.

The arbitration tribunal delivered a unanimous verdict on 2 April 2002, dismissing the applicant company's request for compensation. Having interpreted clause XXVI, and after noting that only the original text of the concession contract could be applied, it stressed that there was nothing in the facts as established to show that the applicant company and the APS had reached agreement on the writing-off periods for the assets in issue. The compensation request could not therefore succeed.

## COMPLAINTS

Relying on Article 1 of Protocol No. 1, the applicant company complained that it had been deprived of its possessions without compensation.

Under Article 6 § 1 of the Convention, it also alleged that the procedure before the arbitration tribunal had been unfair.

## THE LAW

1. The applicant company complained that it had been deprived of its possessions without compensation. It relied on Article 1 of Protocol No. 1, which states:

“Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.”

In this respect, the applicant company claimed that it was the owner of the possessions in issue, particularly the ships, and that it had been deprived of those possessions as a result of the interpretation of a clause in the concession contract which clearly infringed its rights under this Convention provision.

The Court notes that “Article 1 in substance guarantees the right of property ... It comprises ‘three distinct rules’: the first rule, set out in the first sentence of the first paragraph, is of a general nature and enunciates the principle of the peaceful enjoyment of property; the second rule, contained in the second sentence of the first paragraph, covers deprivation of possessions and subjects it to certain conditions; the third rule, stated in the second paragraph, recognises that the Contracting States are entitled, amongst other things, to control the use of property by enforcing such laws as they deem necessary in the general interest ... However, the three rules are not ‘distinct’ in the sense of being unconnected: the second and third rules are concerned with particular instances of interference with the right to peaceful enjoyment of property and should therefore be construed in the light of the general principle enunciated in the first rule ...” (see, among many other authorities, *Honecker and Others v. Germany* (dec.), nos. 53991/00 and 54999/00, ECHR 2001-XII).

The Court must first determine whether there was interference by a public authority with the applicant company’s right of property. In this regard, it notes that it is understood that, in the instant case, no interference with the applicant company’s right to peaceful enjoyment of its possessions can be attributed to the Portuguese authorities. The Court’s role consists of ascertaining whether the arbitration tribunal’s interpretation of the disputed concession contract constituted interference with the applicant company’s right to peaceful enjoyment of its possessions and, if so, whether such interference was justified.

On several occasions and with reference to very diverse fields, the Court has stated that it is in the first place for the national authorities, notably the courts, to interpret and apply the domestic law (see, for example, *Winterwerp v. the Netherlands*, judgment of 24 October 1979, Series A no. 33, p. 20, § 46; *Iglesias Gil and A.U.I. v. Spain*, no. 56673/00, § 61, ECHR 2003-V; and *Slivenko v. Latvia* [GC], no. 48321/99, § 105, ECHR 2003-X). This principle, which, by definition, applies to the domestic law, is *a fortiori* valid in cases requiring the interpretation of a private-law clause adopted by both parties to a contract. In a case such as the instant one, the domestic courts are better placed than an

international court to weigh up, in the light of local legal traditions, the particular context of the legal dispute submitted to them and the various competing rights and interests (see, for example, *De Diego Nafria v. Spain*, no. 46833/99, § 39, 14 March 2002). Accordingly, the national authorities, and especially the courts, enjoy a wide margin of appreciation when called upon to rule in such cases.

The Court may supervise the decisions of domestic courts but, in cases such as the instant one, such supervision must be restricted to checking whether the national courts' disputed interpretation was reasonable and not arbitrary.

In the instant case, the arbitration tribunal, constituted in accordance with the concession contract, interpreted clause XXVI of the contract, covering possible compensation of the applicant company, and concluded that no such compensation could be awarded in the absence of a prior agreement between the two parties to the contract regarding the writing-off periods for the assets in question. In the Court's opinion, such an interpretation cannot be described as unreasonable or arbitrary, especially since the applicant company itself recognised that no prior agreement had been concluded.

It follows that, in the instant case, there was no interference by the public authorities with the applicant company's right to peaceful enjoyment of its possessions, the deprivation of property having been the result of the interpretation of a clause in the concession contract by the arbitration tribunal. Accordingly, Article 1 of Protocol No. 1 is not applicable and this part of the application must be dismissed as incompatible *ratione materiae* with the Convention's provisions, in accordance with Article 35 § 3.

2. The applicant company alleged that it had not received a fair hearing in the proceedings before the arbitration tribunal. The latter had not been impartial and no appeal had lain against its decision. It relied on Article 6 § 1 of the Convention, which provides:

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

The Court notes at the outset that Article 6 does not preclude the setting up of arbitration tribunals in order to settle certain disputes. Indeed, the word "tribunal" in Article 6 § 1 is not necessarily to be understood as signifying a court of law of the classic kind, integrated within the standard judicial machinery of the country (see, *inter alia*, *Lithgow and Others v. the United Kingdom*, judgment of 8 July 1986, Series A no. 102, pp. 72-73, § 201).

In the instant case, it was the applicant company itself which decided, in agreement with the APS, to keep out of the ordinary courts certain disputes which might arise in the course of execution of the concession

contract. Indeed, such arbitration clauses are common in contracts of the type in issue in the instant case.

The applicant company alleged, without providing further information, that the proceedings in question were unfair. For its part, the Court notes that the applicant company was able to submit those arguments which it considered relevant in full parity with the APS.

As to the tribunal's partiality, the Court notes firstly that the applicant company provided no information about this complaint and limited itself to challenging the tribunal's "impartiality". Further, it sees nothing capable of casting doubt on the subjective impartiality of the members of the arbitration tribunal nor the latter's objective impartiality. As to objective impartiality in particular, the procedure for setting up the arbitration tribunal, provided for in clause XXXIII, excludes any doubt in this area (see *Lithgow and Others*, cited above, p. 73, § 202).

Finally, it is true that no appeal lay against the arbitration tribunal's decision, but it was the applicant company itself, in agreement with the APS, which chose to insert such a clause in the concession contract. There is nothing to prevent an applicant from waiving certain rights, provided that such a waiver is, as in the instant case, lawful and unequivocal (see *Pfeifer and Plankl v. Austria*, judgment of 25 February 1992, Series A no. 227, pp 16-17, § 37).

To sum up, there is no evidence to support the applicant company's contention that the proceedings before the arbitration tribunal were unfair. It follows that there is no appearance of a violation of Article 6 § 1 of the Convention, and that this part of the application is accordingly manifestly ill-founded. This complaint must therefore be dismissed in accordance with Article 35 § 3 of the Convention.

For these reasons, the Court unanimously

*Declares* the application inadmissible.