

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



REPORTS
OF JUDGMENTS AND DECISIONS

RECUEIL
DES ARRÊTS ET DÉCISIONS

2004-VIII

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: webmaster@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

2006 ISBN 3-452-26245-6
Printed in Germany

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

Note on citation

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

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

Examples

Judgment on the merits delivered by a Chamber

Campbell v. Ireland, no. 45678/98, § 24, ECHR 1999-II

Judgment on the merits delivered by the Grand Chamber

Campbell v. Ireland [GC], no. 45678/98, § 24, ECHR 1999-II

Decision on admissibility delivered by a Chamber

Campbell v. Ireland (dec.), no. 45678/98, ECHR 1999-II

Decision on admissibility delivered by the Grand Chamber

Campbell v. Ireland (dec.) [GC], no. 45678/98, ECHR 1999-II

Judgment on preliminary objections delivered by a Chamber

Campbell v. Ireland (preliminary objections), no. 45678/98, § 15, ECHR 1999-II

Judgment on just satisfaction delivered by a Chamber

Campbell v. Ireland (just satisfaction), no. 45678/98, § 15, ECHR 1999-II

Judgment on revision delivered by a Chamber

Campbell v. Ireland (revision), no. 45678/98, § 15, ECHR 1999-II

Judgment on interpretation delivered by a Chamber

Campbell v. Ireland (interpretation), no. 45678/98, § 15, ECHR 1999-II

Judgment striking the case out delivered by a Chamber

Campbell v. Ireland (striking out), no. 45678/98, § 15, ECHR 1999-II

Judgment on a friendly settlement delivered by a Chamber

Campbell v. Ireland (friendly settlement), no. 45678/98, § 15, ECHR 1999-II

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

Note concernant la citation des arrêts et décisions

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

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

Exemples

Arrêt rendu par une chambre sur le fond

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

Arrêt rendu par la Grande Chambre sur le fond

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

Décision rendue par une chambre sur la recevabilité

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

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>Vo c. France</i> [GC], n° 53924/00, arrêt du 8 juillet 2004	1
<i>Vo v. France</i> [GC], no. 53924/00, judgment of 8 July 2004	67
<i>Vachev v. Bulgaria</i> , no. 42987/98, judgment of 8 July 2004 (extracts)	131
<i>Vachev c. Bulgarie</i> , n° 42987/98, arrêt du 8 juillet 2004 (extraits)	145
<i>Beneficio Cappella Paolini c. Saint-Marin</i> , n° 40786/98, arrêt du 13 juillet 2004 (extraits)	159
<i>Beneficio Cappella Paolini v. San Marino</i> , no. 40786/98, judgment of 13 July 2004 (extracts)	169
<i>Pla et Puncernau c. Andorre</i> , n° 69498/01, arrêt du 13 juillet 2004 ...	179
<i>Pla and Puncernau v. Andorra</i> , no. 69498/01, judgment of 13 July 2004	215
<i>Bäck v. Finland</i> , no. 37598/97, judgment of 20 July 2004	249
<i>Bäck c. Finlande</i> , n° 37598/97, arrêt du 20 juillet 2004	269
<i>K. v. Italy</i> , no. 38805/97, judgment of 20 July 2004	289
<i>K. c. Italie</i> , n° 38805/97, arrêt du 20 juillet 2004	305
<i>Nikitin v. Russia</i> , no. 50178/99, judgment of 20 July 2004	321
<i>Nikitine c. Russie</i> , n° 50178/99, arrêt du 20 juillet 2004	343
<i>Sidabras and Džiautas v. Lithuania</i> , nos. 55480/00 and 59330/00, judgment of 27 July 2004	367
<i>Sidabras et Džiautas c. Lituanie</i> , n ^{os} 55480/00 et 59330/00, arrêt du 27 juillet 2004	399

Subject matter/Objet des affaires

Article 2

Lack of criminal-law remedy for involuntary termination of pregnancy as a result of medical error

Vo v. France [GC], p. 67

Absence de recours de nature pénale pour réprimer la suppression involontaire d'un fœtus due à une erreur médicale

Vo c. France [GC], p. 1

Article 5

Article 5 § 3

Ordering of house arrest by investigator

Vachev v. Bulgaria, p. 131

Assignation à résidence ordonnée par un magistrat instructeur

Vachev c. Bulgarie, p. 145

Article 5 § 4

Ordering of house arrest by investigator

Vachev v. Bulgaria, p. 131

Assignation à résidence ordonnée par un magistrat instructeur

Vachev c. Bulgarie, p. 145

Article 6

Jurisdiction declined by both civil and administrative courts

Beneficio Cappella Paolini v. San Marino, p. 169

Compétence pour trancher déclinée tant par les juridictions civiles que par les juridictions administratives

Beneficio Cappella Paolini c. Saint-Marin, p. 159

Length of enforcement proceedings under the United Nations Convention on the Recovery Abroad of Maintenance

K. v. Italy, p. 289

Durée de la procédure d'exécution engagée sur la base de la Convention des Nations unies sur le recouvrement des aliments à l'étranger

K. c. Italie, p. 305

Application for supervisory review of final acquittal

Nikitin v. Russia, p. 321

Recours en révision d'une décision définitive d'acquittement

Nikitine c. Russie, p. 343

Article 14

Adopted child prevented from inheriting estate following an interpretation by the courts of testator's intention

Pla and Puncernau v. Andorra, p. 215

Exclusion d'un enfant adoptif du bénéfice d'une succession à la suite d'une interprétation judiciaire de la volonté du testateur

Pla et Puncernau c. Andorre, p. 179

Imposition of employment restrictions on former employees of the KGB

Sidabras and Džiautas v. Lithuania, p. 367

Restrictions à l'emploi à l'égard d'anciens agents du KGB

Sidabras et Džiautas c. Lituanie, p. 399

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

Reduction in value of guarantor's claim against principal debtor as a result of debt adjustment

Bäck v. Finland, p. 249

Baisse de valeur de la créance que détenait une caution envers un débiteur principal, à la suite d'un aménagement de dette

Bäck c. Finlande, p. 269

Article 4 of Protocol No. 7/Article 4 du Protocole n° 7

Application for supervisory review of final acquittal

Nikitin v. Russia, p. 321

Recours en révision d'une décision définitive d'acquittement

Nikitine c. Russie, p. 343

VO c. FRANCE
(*Requête n° 53924/00*)

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 8 JUILLET 2004

SOMMAIRE¹**Absence de recours de nature pénale pour réprimer la suppression involontaire d'un fœtus due à une erreur médicale****Article 2**

Vie – Absence de recours de nature pénale pour réprimer la suppression involontaire d'un fœtus due à une erreur médicale – Droit de « toute personne » à la vie – Absence de consensus européen – Marge d'appréciation des Etats – Droit à la vie « protégé par la loi » – Protection juridique de la mère relativement à la suppression involontaire de son enfant à naître – Obligations positives – Exigences liées à la préservation de la vie dans le domaine de la santé publique – Exigences procédurales en matière d'atteinte involontaire au droit à l'intégrité physique – Caractère adéquat d'un recours indemnitaire en cas de négligence médicale – Action en responsabilité – Délai de prescription – Indemnisation

*
* *

A la suite d'une confusion résultant de l'homonymie entre deux patientes présentes dans le même service d'un hôpital, un médecin a pratiqué sur la requérante, qui était enceinte, un acte médical qui ne lui était pas destiné. Du fait de cette erreur, la requérante a dû subir un avortement thérapeutique. Le fœtus, qui était en bonne santé, avait alors entre vingt et vingt et une semaines. La requérante entendait mener la grossesse à son terme. Elle déposa une plainte pénale pour blessures involontaires commises sur elle-même et pour atteinte involontaire au droit à la vie de son enfant à naître. Les rapports d'expertise remis dans le cadre de la procédure pénale conclurent à un dysfonctionnement du service hospitalier et à la négligence du médecin. L'infraction de blessures involontaires sur la personne de la requérante fit l'objet d'une amnésie. S'agissant du fœtus, la Cour de cassation estima que ne pouvait être qualifié d'homicide involontaire le fait pour le médecin d'avoir causé par négligence la mort du fœtus humain *in utero* non encore viable, ce dernier n'étant pas pénalement protégé. La requérante considère que l'absence de protection de son enfant à naître au regard de la loi pénale française constitue une violation de l'article 2 de la Convention.

Article 2: la Cour indique que le point de départ du droit à la vie relève de la marge d'appréciation des Etats, à défaut de position arrêtée de la majorité des Etats contractants et de consensus européen. Elle observe que la nature et le statut juridique de l'embryon ne sont pas actuellement définis en France et que cette question ne fait pas l'objet d'un consensus au plan européen. La Cour estime dès

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

lors qu'il n'est ni souhaitable ni même possible à l'heure qu'il est de répondre dans l'abstrait à la question de savoir si l'enfant à naître est une « personne » au sens de l'article 2. Quant au cas d'espèce, la Cour considère qu'il n'est pas nécessaire d'examiner le point de savoir si la fin brutale de la grossesse de la requérante entre ou non dans le champ d'application de l'article 2, dans la mesure où, à supposer même que cet article s'appliquerait, les exigences liées à la préservation de la vie dans le domaine de la santé publique n'ont pas été méconnues par l'Etat défendeur. La Cour s'est en effet demandé si la protection juridique offerte par la France à la requérante, par rapport à la perte de l'enfant à naître qu'elle portait, satisfait aux exigences procédurales inhérentes à l'article 2. Relevant que le litige concerne l'atteinte mortelle involontaire d'un enfant à naître, contre la volonté de sa mère, et au prix d'une souffrance toute particulière de celle-ci, la Cour constate que les intérêts du fœtus et de sa mère se confondaient. Dès lors, elle examine, sous l'angle de la question du caractère adéquat des voies de recours existantes, la protection dont la requérante disposait pour faire valoir la responsabilité du médecin dans la perte de son enfant à naître, et pour obtenir réparation de l'interruption forcée de sa grossesse. Dans le domaine de la santé publique, les obligations positives pesant sur l'Etat en vertu de l'article 2 impliquent la mise en place d'un cadre réglementaire imposant aux hôpitaux – qu'ils soient privés ou publics – l'adoption de mesures propres à assurer la protection de la vie des malades. Ces obligations positives exigent également d'instaurer un système judiciaire efficace et indépendant permettant d'établir la cause du décès d'un individu se trouvant sous la responsabilité de professionnels de la santé – tant ceux agissant dans le cadre du secteur public que ceux travaillant dans des structures privées – et le cas échéant d'obliger ceux-ci à répondre de leurs actes. Dans l'hypothèse d'une atteinte involontaire au droit à l'intégrité physique, l'obligation positive découlant de l'article 2 de mettre en place un système judiciaire efficace n'exige pas nécessairement dans tous les cas un recours de nature pénale. Dans le contexte spécifique des négligences médicales, cette obligation peut être remplie aussi, par exemple, en offrant un recours devant les juridictions civiles, seul ou conjointement avec un recours devant les juridictions pénales, aux fins d'établir la responsabilité des médecins en cause et, s'il y a lieu, d'obtenir l'application de sanctions civiles. En l'espèce, la requérante pouvait engager une action en responsabilité contre l'administration à raison de la faute commise par le médecin. Ce recours indemnitaire avait des chances sérieuses de succès et la requérante aurait pu obtenir la condamnation de l'hôpital au versement de dommages-intérêts. Cela résulte du constat clair auquel avaient abouti les expertises judiciaires diligentées dans le cadre de la procédure pénale, sur le dysfonctionnement du service hospitalier et la négligence grave du médecin. Le délai de prescription de quatre ans dont faisait l'objet à l'époque l'action en responsabilité administrative ne semble pas à la Cour, dans les circonstances de l'espèce, excessivement court, même s'il a été par la suite étendu à dix ans. Partant, à supposer même que l'article 2 de la Convention trouve application ici, l'action en responsabilité contre l'administration à raison de la faute alléguée du médecin hospitalier pouvait passer pour un recours efficace à la disposition de la requérante. Ce recours aurait permis d'établir la faute médicale dont elle se plaignait et de garantir dans l'ensemble la réparation du dommage subi.

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

Jurisprudence citée par la Cour

X c. Norvège, n° 867/60, décision de la Commission du 29 mai 1961, *Recueil des décisions*, vol. 6

X c. Autriche, n° 7045/75, décision de la Commission du 10 décembre 1976, Décisions et rapports 7

Brüggemann et Scheuten c. Allemagne, n° 6959/75, rapport de la Commission du 12 juillet 1977, Décisions et rapports 10

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

Airey c. Irlande, arrêt du 9 octobre 1979, série A n° 32

X c. Royaume-Uni, n° 8416/79, décision de la Commission du 13 mai 1980, Décisions et rapports 19

H. c. Norvège, n° 17004/90, décision de la Commission du 19 mai 1992, Décisions et rapports 73

Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande, arrêt du 29 octobre 1992, série A n° 246-A

Reeve c. Royaume-Uni, n° 24844/94, décision de la Commission du 30 novembre 1994, Décisions et rapports 79-B

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

Stubbings et autres c. Royaume-Uni, arrêt du 22 octobre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV

Brualla Gómez de la Torre c. Espagne, arrêt du 19 décembre 1997, *Recueil* 1997-VIII

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

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

Kress c. France [GC], n° 39594/98, CEDH 2001-VI

Calvelli et Cigliio c. Italie [GC], n° 32967/96, CEDH 2002-I

Boso c. Italie (déc.), n° 50490/99, CEDH 2002-VII

Mastroratteo c. Italie [GC], n° 37703/97, CEDH 2002-VIII

Lazzarini et Ghiacci c. Italie (déc.), n° 53749/00, 7 novembre 2002

Perez c. France [GC], n° 47287/99, CEDH 2004-I

En l'affaire Vo c. France,

La Cour européenne des Droits de l'Homme, siégeant en une Grande Chambre composée de :

MM. L. WILDHABER, *président*,

C.L. ROZAKIS,

J.-P. COSTA,

G. RESS,

Sir Nicolas BRATZA,

M. L. CAFLISCH,

M^{me} V. STRÁŽNICKÁ,

MM. P. LORENZEN,

K. JUNGWIERT,

M. FISCHBACH,

J. HEDIGAN,

M^{me} W. THOMASSEN,

MM. A.B. BAKA,

K. TRAJA,

M. UGREKHELIDZE,

M^{me} A. MULARONI,

M. K. HAJIYEV, *juges*,

et de M. P.J. MAHONEY, *greffier*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 10 décembre 2003 et 2 juin 2004,

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

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 53924/00) dirigée contre la République française et dont une ressortissante de cet Etat, M^{me} Thi-Nho Vo (« la requérante »), a saisi la Cour le 20 décembre 1999 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (« la Convention »).

2. La requérante est représentée par M^r B. Le Griel, avocat à 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 en particulier la violation de l'article 2 de la Convention au motif que l'incrimination d'homicide involontaire n'avait pas été retenue à l'encontre du médecin responsable de la mort de son enfant *in utero*.

4. La requête a été attribuée à la troisième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement). Au sein de celle-ci, la chambre chargée d'examiner l'affaire a décidé, le 22 mai 2003, de se dessaisir au profit de

la Grande Chambre avec effet immédiat, aucune des parties ne s'y étant opposée (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. La requérante et le Gouvernement ont déposé des observations écrites sur la recevabilité et le fond de l'affaire. Par ailleurs, des observations ont également été reçues du Centre des droits génésiques (Center for Reproductive Rights) et de l'Association pour le planning familial (Family Planning Association), autorisés par le président à intervenir dans la procédure écrite (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 2 du règlement).

7. Une audience consacrée à la recevabilité et au fond de l'affaire s'est déroulée en public au Palais des Droits de l'Homme, à Strasbourg, le 10 décembre 2003 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

MM. F. ALABRUNE, directeur adjoint des affaires juridiques
au ministère des Affaires étrangères, *agent*,
G. DUTERTRE, rédacteur à la sous-direction
des droits de l'homme de la direction
des affaires juridiques du ministère
des Affaires étrangères,

M^{me} J. VAILLIE, rédactrice au service des affaires européennes
et internationales du ministère de la Justice,

MM. P. PRACHE, direction des affaires criminelles et des grâces
du ministère de la Justice,

H. BLONDET, conseiller à la Cour de cassation,

M^{me} V. SAGANT, service des affaires européennes et inter-
nationales du ministère de la Justice, *conseils*;

– *pour la requérante*

M^r B. LE GRIEL, avocat au barreau de Paris, *conseil*.

La Cour a entendu en leurs déclarations M^r Le Griel et M. Alabrune.

8. Conformément aux dispositions de l'article 29 § 3 de la Convention et de l'article 54 A § 3 du règlement, la Cour a décidé d'examiner conjointement la recevabilité et le fond de la requête.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

9. La requérante est née en 1967 et réside à Bourg-en-Bresse.

10. Le 27 novembre 1991, la requérante, d'origine vietnamienne, se présenta à l'hôpital de l'Hôtel-Dieu de Lyon pour y subir la visite médicale du sixième mois de sa grossesse.

11. Le même jour, une autre femme, nommée M^{me} Thi Thanh Van Vo, devait se faire enlever un stérilet dans le même établissement. Le médecin, le docteur G., qui devait effectuer cette opération appela dans la salle d'attente «Madame Vo», appel auquel la requérante répondit.

Après un bref entretien, le médecin constata que la requérante ne comprenait pas bien le français. Ayant étudié le dossier, il entreprit d'ôter le stérilet sans aucun examen préalable de la patiente. En cours d'opération, le médecin perça la poche des eaux, entraînant ainsi une importante perte du liquide amniotique.

Après un examen clinique qui révéla l'existence d'un gros utérus, le médecin prescrivit une échographie. Il apprit alors que celle-ci venait d'être faite et comprit qu'une erreur sur la personne avait été commise. La requérante fut immédiatement hospitalisée.

Le docteur G. tenta ensuite de procéder à l'enlèvement du stérilet sur M^{me} Thi Thanh Van Vo et, n'y réussissant pas, prescrivit une intervention sous anesthésie générale devant avoir lieu le lendemain matin. Une nouvelle erreur était alors commise et la requérante, conduite au bloc opératoire à la place de M^{me} Thi Thanh Van Vo, ne dut qu'à ses protestations et au fait qu'un médecin anesthésiste la reconnut d'échapper à l'intervention chirurgicale destinée à son homonyme.

12. La requérante quitta l'hôpital le 29 novembre 1991. Le 4 décembre 1991, elle y revint pour la vérification de l'évolution de sa grossesse; les médecins constatèrent que le liquide amniotique ne s'était pas reconstitué et que la grossesse ne pouvait plus se poursuivre. Une interruption thérapeutique de la grossesse fut effectuée le 5 décembre 1991.

13. Le 11 décembre 1991, la requérante et son compagnon portèrent plainte avec constitution de partie civile pour blessures involontaires ayant entraîné une incapacité totale de travail de moins de trois mois commises sur l'intéressée et pour homicide commis sur son enfant. A la suite de cette plainte, trois rapports d'expertise furent déposés.

14. Le premier rapport, remis le 16 janvier 1992, conclut que le fœtus de sexe féminin devait se trouver entre vingt et vingt et une semaines depuis la conception, qu'il pesait 375 grammes, mesurait 28 centimètres, avait un périmètre crânien de 17 centimètres, et qu'il n'avait pas respiré à sa sortie. L'expertise conclut également qu'il n'y avait aucun signe de violence ou de malformation et qu'aucun constat ne permettait d'attribuer le décès à une cause morphologique ou à une atteinte organique. Par ailleurs, l'autopsie réalisée à la suite de l'avortement thérapeutique et l'analyse anatomo-pathologique du corps permirent de conclure que le poumon fœtal présentait un âge de vingt à vingt-quatre semaines.

15. Le 3 août 1992, un deuxième rapport fut déposé concernant les blessures commises sur la personne de la requérante :

«a) Il existe une période d'incapacité temporaire totale du 27 novembre 1991 au 13 décembre 1991, date d'entrée à la clinique du Tonkin pour une tout autre pathologie (appendicectomie)

b) la date de consolidation peut être fixée au 13 décembre 1991

c) il n'existe pas de préjudice d'agrément

d) il n'existe pas de préjudice esthétique

e) il n'existe pas de préjudice professionnel

f) il n'existe pas d'incapacité permanente partielle

Il reste à évaluer le *pretium doloris* dû aux répercussions de cet événement. Il conviendrait de faire ces évaluations avec un médecin d'origine vietnamienne et psychiatre ou psychologue.»

16. Le troisième rapport, rendu le 29 septembre 1992, fit état du dysfonctionnement du service hospitalier mis en cause et de la négligence du médecin :

«1° L'organisation des consultations des services des professeurs [T.] et [R.] à l'Hôtel-Dieu de Lyon n'est pas exempte de reproches, en particulier en ce qui concerne les risques de confusion dus aux homonymies fréquentes des patientes d'origine étrangère, risque sûrement augmenté du fait de leur ignorance ou de leur compréhension limitée de notre langue.

2° Une orientation imprécise des patientes, une désignation insuffisamment claire des bureaux médicaux et des médecins y consultant ont favorisé l'inversion des patientes de patronyme voisin et expliqué que le Dr [G.] ayant pris connaissance du dossier médical de M^{me} Thi Thanh Van Vo a vu se présenter à son appel [la requérante].

3° Le docteur a agi par négligence, par omission et il s'est fié aux seuls examens paracliniques. Il n'a pas examiné sa patiente et par un geste malencontreux a déclenché une interruption de grossesse à cinq mois par rupture de la poche des eaux. Ce geste engage sa responsabilité mais il existe des circonstances atténuantes.»

17. Le 25 janvier 1993, puis à la suite d'un réquisitoire supplétif du procureur de la République en date du 26 avril 1994, le docteur G. fut mis en examen pour avoir, le 27 novembre 1991, à Lyon,

– par maladresse, imprudence, inattention, en l'espèce en perforant la poche des eaux dans laquelle se développait le fœtus de la requérante alors vivant et viable, involontairement provoqué la mort de cet enfant (faits prévus et réprimés par l'article 319 du code pénal ancien – texte applicable à la date des faits –, et à ce jour l'article 221-6 du code pénal);

– par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou les règlements, causé à la requérante une atteinte à l'intégrité de sa personne, suivie d'une incapacité totale de travail n'excédant pas trois mois (faits prévus et réprimés par l'article R. 40 4^o du code pénal ancien

– texte applicable à la date des faits –, et à ce jour les articles R. 625-2 et R. 625-4 du code pénal).

18. Par une ordonnance du 31 août 1995, le docteur G. fut renvoyé devant le tribunal correctionnel de Lyon des chefs d'atteinte involontaire à la vie et contravention de blessures involontaires.

19. Par un jugement du 3 juin 1996, le tribunal constata l'amnistie de plein droit de la contravention de blessures involontaires sur la personne de la requérante conformément à la loi d'amnistie du 3 août 1995. Sur le délit d'atteinte involontaire à la vie sur le fœtus, le tribunal s'exprima dans les termes suivants :

« La question posée au tribunal est de savoir si l'infraction d'homicide involontaire ou d'atteinte involontaire à la vie est constituée lorsque l'atteinte à la vie concerne le fœtus, si le fœtus de 20 à 21 semaines constitue une personne humaine (autrui au sens de l'article 221-6 du code pénal).

(...)

Les éléments d'expertise doivent être homologués. Le fœtus avait entre 20 et 21 semaines.

– A quel stade de maturité l'embryon peut-il être considéré comme une personne humaine ?

La loi du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse énonce : « la loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie. »

La loi du 29 juillet 1994 (article 16 du code civil) énonce : « la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de tout être humain dès le commencement de sa vie. »

Les lois du 29 juillet 1994 utilisaient expressément pour la première fois les termes « embryon » et « embryon humain ». Aucun de ces textes ne définit cependant ce qu'est l'embryon humain.

Plusieurs parlementaires (députés ou sénateurs), dans le cadre de la préparation de la législation sur la bioéthique, ont voulu définir l'embryon. Charles de Courson proposait de le définir ainsi : « tout être humain doit être respecté dès le commencement de la vie, l'embryon humain est un être humain. » Jean-François Mattéi énonçait : « l'embryon n'est en tout état de cause que l'expression morphologique d'une seule et même vie qui commence dès la fécondation et se poursuit jusqu'à la mort en passant par différentes étapes. En l'état actuel des connaissances on ne sait pas précisément quand le zygote devient l'embryon, l'embryon fœtus, le seul fait indiscutable étant le démarriage du processus de la vie lors de la fécondation. »

Ainsi il apparaît qu'aucune règle juridique ne précise la situation juridique de l'embryon, depuis sa formation et au fur et à mesure de son développement. Il y a lieu, devant cette absence de définition juridique d'en revenir aux connaissances acquises. Il est établi que la viabilité du fœtus se situe à 6 mois, en aucun cas dans l'état actuel des connaissances à 20 ou 21 semaines.

Le tribunal ne peut que retenir cet élément (viabilité à 6 mois) et ne peut créer le droit sur une question que les législateurs n'ont pu définir encore.

Ainsi le tribunal retient que le fœtus est viable à compter de 6 mois. Qu'un fœtus de 20 à 21 semaines n'est pas viable et qu'il n'est pas une personne humaine ou autrui au sens des articles 319 ancien du code pénal et 221-6 du code pénal.

Le délit d'homicide involontaire ou atteinte involontaire à la vie sur un fœtus de 20 à 21 semaines n'est pas établi, le fœtus n'étant pas une personne humaine ou autrui (...)

Renvoie le Dr G. des fins de la poursuite sans peine ni dépens (...)

20. Le 10 juin 1996, la requérante interjeta appel du jugement. Elle soutint que le docteur G. avait commis une faute personnelle détachable du fonctionnement du service public et sollicita l'allocation des sommes suivantes: un million de francs français (FRF) à titre de dommages-intérêts dont 900 000 FRF pour la mort de l'enfant et 100 000 FRF pour la blessure par elle subie. Le ministère public, second appelant, requit l'infirmité du jugement de relaxe en faisant observer que «le prévenu, en omettant d'effectuer un examen clinique, a commis une faute ayant causé la mort du fœtus, qui au moment de l'acte dommageable, âgé de vingt à vingt-quatre semaines, poursuivait normalement et inexorablement, sans aucun doute médical sur son avenir, le chemin de vie qu'il avait entamé».

21. Par un arrêt du 13 mars 1997, la cour d'appel de Lyon confirma le jugement en ce qu'il avait constaté l'extinction de l'action publique du chef de la contravention de blessures involontaires et l'infirma pour le reste en déclarant le médecin coupable d'homicide involontaire. Elle le condamna à six mois d'emprisonnement avec sursis et 10 000 FRF d'amende. Elle statua ainsi:

«(...) Attendu qu'en l'espèce la faute du docteur [G.] est d'autant plus caractérisée que la patiente, n'ayant pas une pratique suffisante de la langue française, n'était pas à même d'exposer ses doléances, de répondre à ses questions, de lui préciser la date des dernières règles, éléments qui auraient dû l'inciter d'autant plus à pratiquer un examen clinique minutieux; que l'allégation selon laquelle il était en droit de se fier aux seuls documents médicaux démontre que ce jeune médecin, scientifique accompli, méconnaissait toutefois un aspect essentiel de l'art médical constitué par l'écoute, la connaissance, l'examen du malade; que d'ailleurs, devant la Cour, le Dr [G.] a précisé que depuis cet accident il avait «l'obsession de la précaution» à prendre avant d'opérer;

Attendu que cette faute d'imprudence et de négligence présente un lien de causalité certaine avec la perte de l'enfant dont Madame Vo était enceinte, le prévenu ayant lui-même reconnu, avec une incontestable loyauté, que l'examen clinique lui aurait permis de constater l'état de grossesse de sa patiente et de déceler l'intervention de personnes s'étant produite;

Attendu que s'agissant de la qualification d'homicide involontaire il convient dans un premier temps de rappeler les principes juridiques gouvernant la matière;

Attendu que diverses dispositions conventionnelles telles que l'article 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que l'article 6 du Pacte international sur les droits civils et politiques, que l'article 6 de la Convention relative aux droits de l'enfant signée à New York le 26 janvier 1990,

reconnaissent l'existence, pour toute personne, et notamment l'enfant, d'un droit à la vie protégé par la loi ;

Attendu qu'en droit interne, l'article 1^{er} de la loi 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse a précisé que « la loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie. (qu)'Il ne saurait être porté atteinte à ce principe qu'en cas de nécessité et selon les conditions définies par la présente loi. » ;

Attendu, par ailleurs, que la loi 94-653 du 29 juillet 1994, relative au respect du corps humain, a rappelé dans l'article 16 du code civil que « la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie. » ;

Attendu que ces dispositions législatives ne sauraient être considérées comme de simples déclarations d'intention, dépourvues de tout effet juridique, alors que l'article 16-9 du code civil indique que les dispositions de l'article 16 sont d'ordre public ;

Attendu que de son côté la Cour de cassation, Chambre criminelle, dans deux arrêts rendus le 27 novembre 1996, a fait application de ces principes de droit international et de droit interne en précisant que la loi du 17 janvier 1975 n'admet qu'il soit porté atteinte au principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie, rappelé en son article 1^{er}, qu'en cas de nécessité et selon les conditions et limitations qu'elle définit ;

Qu'elle a ajouté qu'eu égard aux conditions ainsi posées par le législateur, l'ensemble des dispositions issues de cette loi et de celle du 31 décembre 1979 relative à l'interruption volontaire de grossesse n'étaient pas incompatibles avec les stipulations conventionnelles précitées ;

Qu'elle a par ailleurs rappelé que lors de la signature à New York le 26 janvier 1990 de la Convention relative aux droits de l'enfant, la France avait formulé une déclaration interprétative selon laquelle cette Convention ne saurait être interprétée comme faisant obstacle à l'application des dispositions de la législation française relative à l'interruption volontaire de grossesse ; que cette réserve démontre *a contrario*, que ladite Convention était susceptible de concerner le fœtus de moins de dix semaines, délai légal en France de l'interruption volontaire de la grossesse ;

Attendu qu'il en résulte que, sous réserve des dispositions relatives à l'interruption volontaire de la grossesse et de celles relatives à l'avortement thérapeutique, la loi consacre le respect de tout être humain dès le commencement de la vie, sans qu'il soit exigé que l'enfant naisse viable, du moment qu'il était en vie lors de l'atteinte qui lui a été portée ;

Attendu qu'au demeurant la viabilité constitue une notion scientifiquement contingente et incertaine comme le reconnaît le prévenu lui-même qui, poursuivant actuellement des études aux Etats-Unis, a précisé devant la Cour que des fœtus nés 23 ou 24 semaines après la conception avaient pu être maintenus en vie alors qu'une telle hypothèse était totalement exclue quelques années auparavant ; que dans la consultation établie par le professeur [T.] et produite par le docteur [G.], il est fait état du rapport du professeur Mattéi indiquant que l'embryon n'est que l'expression morphologique d'une seule et même vie qui commence dès la fécondation et se poursuit jusqu'à la mort, en passant par différentes étapes, sans que l'on sache à quel moment le zygote devient embryon, l'embryon fœtus, le seul fait indiscutable étant le démarrage du processus de vie lors de la fécondation ; (...)

Attendu qu'ainsi la viabilité lors de la naissance, notion scientifiquement incertaine, est de surcroît dépourvue de toute portée juridique, la loi n'opérant aucune distinction à cet égard ;

Attendu qu'en l'espèce il est établi que lors de l'échographie effectuée le 27 novembre 1991, suivie le même jour de la perte du liquide amniotique, la grossesse de [la requérante] se poursuivait normalement et que l'enfant qu'elle portait était en vie ; que lors de l'avortement thérapeutique réalisé le 5 décembre 1991, il a été constaté que, selon les mensurations de l'enfant comparées aux tables publiées, il était permis d'attribuer à ce fœtus un âge de 20 à 21 semaines, qui pourrait même être supérieur dans la mesure où il n'est pas certain que ces tables prennent en compte la morphologie propre aux enfants d'origine vietnamienne, le docteur [G.], interrogé sur ce point à l'audience, n'ayant pu fournir aucune précision supplémentaire ; que l'examen anatomo-pathologique avait permis de conclure que le poumon fœtal présentait un âge de 20 à 24 semaines ; attendu qu'il résulte de l'ensemble de ces indications que l'âge du fœtus était de 20 à 24 semaines, ses mensurations incitant plutôt à incliner vers la branche basse de l'évaluation ; qu'en tout état de cause l'âge de ce fœtus était très proche de celui de certains fœtus ayant pu survivre aux États-Unis comme l'a précisé le docteur [G.] ; que les photographies figurant au dossier sous la cote D32 montrent un enfant parfaitement formé dont la vie a été interrompue par la négligence du prévenu ;

Attendu que comme l'avait fait remarquer la cour d'appel de Douai dans son arrêt du 2 juin 1987, si l'atteinte portée à l'enfant avait provoqué une lésion n'entraînant pas sa mort, la qualification de blessures involontaires eût été retenue sans hésitation aucune ; qu'à plus forte raison, la qualification d'homicide involontaire doit être retenue s'agissant d'une atteinte ayant provoqué la mort de l'enfant ;

Attendu qu'ainsi tant l'application stricte des principes juridiques que des données acquises de la science que des considérations d'élémentaire bon sens, conduisent à retenir la qualification d'homicide involontaire s'agissant d'une atteinte par imprudence ou négligence portée à un fœtus âgé de 20 à 24 semaines en parfaite santé, ayant causé la mort de celui-ci ;

Attendu qu'en conséquence le jugement déferé doit être infirmé (...) ;

Attendu que si l'action civile de [la requérante] est recevable, ne serait-ce que pour corroborer l'action publique, la Cour est incompétente pour statuer sur la demande en réparation ; qu'en effet, la faute d'imprudence et de négligence commise par le docteur [G.], médecin dans un hôpital public, quoique non dépourvue de gravité, ne présente pas toutefois le caractère d'une faute personnelle d'une exceptionnelle gravité, traduisant une méconnaissance totale des principes les plus élémentaires et des devoirs de sa mission, la rendant détachable du service ;

Attendu en revanche qu'il convient de condamner le docteur [G.] à payer à cette partie civile, une indemnité de 5 000 francs au titre de l'article 475-1 du code de procédure pénale au titre des frais non payés par l'Etat et exposés par celle-ci ;

(...)»

22. Sur pourvoi du médecin, la Cour de cassation, par un arrêt du 30 juin 1999, cassa l'arrêt de la cour d'appel de Lyon et dit n'y avoir lieu à renvoi :

« Vu l'article 111-4 du code pénal;

Attendu que la loi pénale est d'interprétation stricte;

(...)

Attendu que, pour déclarer [le médecin] coupable d'homicide involontaire, la juridiction du second degré relève que l'article 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques reconnaissent l'existence, pour toute personne, d'un droit à la vie protégé par la loi; qu'elle souligne que la loi du 17 janvier 1975, relative à l'interruption volontaire de grossesse, pose le principe du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, désormais rappelé par l'article 16 du code civil dans la rédaction issue de la loi du 29 juillet 1994; qu'ensuite elle énonce qu'en intervenant sans examen clinique préalable, le médecin a commis une faute d'imprudenc e et de négligence, qui présente un lien de causalité certain avec la mort de l'enfant que portait la patiente;

Mais attendu qu'en statuant ainsi, alors que les faits reprochés au prévenu n'entrent pas dans les prévisions des articles 319 ancien et 221-6 du code pénal, la cour d'appel a méconnu le texte susvisé;

(...)»

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

A. Le code pénal

23. Le texte, applicable au moment des faits, prévoyant et réprimant les atteintes portées involontairement à la vie était, avant le 1^{er} mars 1994, l'article 319 du code pénal, qui se lit comme suit :

« Quiconque, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements, aura commis involontairement un homicide ou en aura été involontairement la cause, sera puni d'un emprisonnement de trois mois à deux ans, et d'une amende de 1 000 francs à 30 000 francs.»

24. Depuis le 1^{er} mars 1994, l'article pertinent est l'article 221-6 du code pénal (modifié par la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 et l'ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000) qui figure dans la section II (« Des atteintes involontaires à la vie ») du chapitre I (« Des atteintes à la vie de la personne ») du titre II (« Des atteintes à la personne humaine ») du livre II (« Des crimes et délits contre les personnes »). L'article 221-6 est ainsi rédigé :

« Le fait de causer, dans les conditions et selon les distinctions prévues à l'article 121-3, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, la mort d'autrui constitue un homicide involontaire puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.»

En cas de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, les peines encourues sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende.»

25. L'article 223-10 du code pénal, qui concerne l'interruption volontaire de la grossesse d'une femme sans son consentement par un tiers, figure à la section V intitulée « De l'interruption illégale de la grossesse » du chapitre III ayant pour titre « De la mise en danger de la personne » du titre II du livre II, et se lit ainsi :

« L'interruption de la grossesse sans le consentement de l'intéressée est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. »

26. La section III intitulée « De la protection de l'embryon humain » du chapitre I (« Des infractions en matière d'éthique biomédicale ») du titre I (« Des infractions en matière de santé publique ») du livre V (« Des autres crimes et délits ») énonce plusieurs prohibitions au regard de l'éthique médicale (articles 511-15 à 511-25) dont, par exemple, la conception d'embryons humains *in vitro* à des fins de recherche ou d'expérimentation (article 511-18).

B. Le code de la santé publique

27. A l'époque des faits, le délai de prescription de l'action en responsabilité administrative était de quatre ans et la période pendant laquelle l'interruption volontaire de grossesse était légale était de dix semaines à partir de la conception.

28. Les dispositions du code de la santé publique, telles qu'elles sont en vigueur, notamment depuis la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, se lisent comme suit :

Article L. 1142-1

« Hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic, ou de soins qu'en cas de faute.

(...) »

Article L. 1142-2

« Les professionnels de santé exerçant à titre libéral, les établissements de santé, services de santé et organismes mentionnés à l'article L. 1142-1, et toute autre personne morale, autre que l'État, exerçant des activités de prévention, de diagnostic ou de soins ainsi que les producteurs, exploitants et fournisseurs de produits de santé, à l'état de produits finis, mentionnés à l'article L. 5311-1 à l'exclusion du 5°, sous réserve des dispositions de l'article L. 1222-9, et des 11°, 14° et 15°, utilisés à l'occasion de ces activités, sont tenus de souscrire une assurance destinée à les garantir pour leur responsabilité civile ou administrative susceptible d'être engagée en raison de dommages subis par des tiers et résultant d'atteintes à la personne, survenant dans le cadre de l'ensemble de cette activité.

(...) »

Article L. 1142-28

« Les actions tendant à mettre en cause la responsabilité des professionnels de santé ou des établissements de santé publics ou privés à l'occasion d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins se prescrivent par dix ans à compter de la consolidation du dommage. »

Article L. 2211-1

« Comme il est dit à l'article 16 du code civil ci-après reproduit :

« La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie. »

Article L. 2211-2

« Il ne saurait être porté atteinte au principe mentionné à l'article L. 2211-1 qu'en cas de nécessité et selon les conditions définies par le présent titre.

L'enseignement de ce principe et de ses conséquences, l'information sur les problèmes de la vie et de la démographie nationale et internationale, l'éducation à la responsabilité, l'accueil de l'enfant dans la société et la politique familiale sont des obligations nationales. L'État, avec le concours des collectivités territoriales, exécute ces obligations et soutient les initiatives qui y contribuent. »

Article L. 2212-1

« La femme enceinte que son état place dans une situation de détresse peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse. Cette interruption ne peut être pratiquée qu'avant la fin de la douzième semaine de grossesse. »

Article L. 2213-1

« L'interruption volontaire d'une grossesse peut, à toute époque, être pratiquée si deux médecins membres d'une équipe pluridisciplinaire attestent, après que cette équipe a rendu son avis consultatif, soit que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme, soit qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic.

(...) »

C. La position de la Cour de cassation

29. Par deux fois, et en dépit de conclusions contraires des avocats généraux, la Cour de cassation a confirmé sa position prise en l'espèce (voir paragraphe 22 ci-dessus) dans des arrêts des 29 juin 2001 (Cass. ass. plén., *Bull.* n° 165) et 25 juin 2002 (Cass. crim., *Bull. crim.* n° 144).

1. L'arrêt du 29 juin 2001 de l'assemblée plénière

« Sur les deux moyens réunis du procureur général près la cour d'appel de Metz et de M^{me} X... :

Attendu que le 29 juillet 1995 un véhicule conduit par M. Z... a heurté celui conduit par M^{me} X..., enceinte de six mois, qui a été blessée et a perdu des suites du choc le fœtus qu'elle portait ; que l'arrêt attaqué (Metz, 3 septembre 1998) a notamment condamné M. Z... du chef de blessures involontaires sur la personne de M^{me} X..., avec circonstance aggravante de conduite sous l'empire d'un état alcoolique, mais l'a relaxé du chef d'atteinte involontaire à la vie de l'enfant à naître ;

Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir ainsi statué, alors que, d'une part, l'article 221-6 du Code pénal réprimant le fait de causer la mort d'autrui n'exclut pas de son champ d'application l'enfant à naître et viable, qu'en limitant la portée de ce texte à l'enfant dont le cœur battait à la naissance et qui a respiré, la cour d'appel a ajouté une condition non prévue par la loi, et alors que, d'autre part, le fait de provoquer involontairement la mort d'un enfant à naître constitue le délit d'homicide involontaire dès lors que celui-ci était viable au moment des faits quand bien même il n'aurait pas respiré lorsqu'il a été séparé de la mère, de sorte qu'auraient été violés les articles 111-3, 111-4 et 221-6 du Code pénal et 593 du Code de procédure pénale ;

Mais attendu que le principe de la légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que l'incrimination prévue par l'article 221-6 du Code pénal, réprimant l'homicide involontaire d'autrui, soit étendue au cas de l'enfant à naître dont le régime juridique relève de textes particuliers sur l'embryon ou le fœtus ;

(...)

2. L'arrêt du 25 juin 2002 de la chambre criminelle

« (...)

Vu les articles 319 ancien, 221-6 et 111-4 du Code pénal ;

Attendu que le principe de la légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que l'incrimination d'homicide involontaire s'applique au cas de l'enfant qui n'est pas né vivant ;

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué que Z..., dont la grossesse, suivie par X..., était venue à terme le 10 novembre 1991, est entrée en clinique en vue de son accouchement le 17 novembre ; que, placée sous surveillance vers 20 heures 30, elle a signalé une anomalie du rythme cardiaque de l'enfant à la sage-femme, Y..., laquelle a refusé d'appeler le médecin ; qu'un nouveau contrôle pratiqué le lendemain à 7 heures a révélé la même anomalie, puis l'arrêt total des battements du cœur ; que, vers 8 heures, X... a constaté le décès ; qu'il a procédé dans la soirée à l'extraction par césarienne d'un enfant mort-né qui, selon le rapport d'autopsie, ne présentait aucune malformation mais avait souffert d'anoxie ;

Attendu que, pour déclarer Y... coupable d'homicide involontaire et X..., qui a été relaxé par le tribunal correctionnel, responsable des conséquences civiles de ce délit, l'arrêt retient que le décès de l'enfant est la conséquence des imprudences et négligences commises par eux, le médecin en s'abstenant d'intensifier la surveillance de la patiente en raison du dépassement du terme, la sage-femme en omettant de l'avertir d'une anomalie non équivoque de l'enregistrement du rythme cardiaque de l'enfant ;

Que les juges, après avoir relevé que l'enfant mort-né ne présentait aucune lésion organique pouvant expliquer le décès, énoncent « que cet enfant était à terme depuis

plusieurs jours et que, si les fautes relevées n'avaient pas été commises, il avait la capacité de survivre par lui-même, disposant d'une humanité distincte de celle de sa mère » ;

Mais attendu qu'en se prononçant ainsi, la cour d'appel a méconnu les textes susvisés et les principes ci-dessus rappelés ;

D'où il suit que la cassation est encourue ; qu'elle aura lieu sans renvoi, dès lors que les faits ne sont susceptibles d'aucune qualification pénale ;

(...)»

30. La chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré que justifie sa décision la cour d'appel qui, pour déclarer le prévenu coupable d'homicide involontaire sur un enfant, né le jour de l'accident de circulation dans lequel sa mère, enceinte de huit mois, a été grièvement blessée, et décédé une heure après, retient que le conducteur, par un défaut de maîtrise de son véhicule, a causé la mort de l'enfant qui a vécu une heure après sa naissance et qui est décédé des suites des lésions vitales irréversibles subies au moment du choc (Cass. crim., 2 décembre 2003).

31. Dans un article intitulé «Violences involontaires sur femme enceinte et délit d'homicide involontaire» (*Recueil Dalloz* 2004, p. 449), à propos du commentaire de l'arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 2 décembre 2003 (paragraphe 30 ci-dessus), il est observé que la jurisprudence de la Cour de cassation précitée (paragraphe 29 ci-dessus) a été condamnée par vingt-huit auteurs sur trente-quatre.

Parmi les critiques de la doctrine, l'on peut relever la motivation laconique des arrêts de la Cour de cassation ou l'incohérence de la protection: serait passible de sanctions pénales celui qui cause des blessures involontaires alors que reste impuni celui qui provoque involontairement la mort du fœtus; l'enfant qui a vécu quelques minutes se voit reconnaître la qualité de victime et celui mort *in utero* est ignoré du droit; la liberté de procréer serait moins bien protégée que celle d'avorter.

D. L'amendement Garraud

32. Le 27 novembre 2003, l'Assemblée nationale a adopté, en seconde lecture, le projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité; il comprenait l'amendement Garraud, du nom du député à l'initiative du texte, qui créait le délit d'interruption involontaire de grossesse (IIG).

33. L'adoption de cet amendement avait soulevé de vives polémiques et le garde des Sceaux, M. Perben, à l'issue d'une semaine de consultations, déclarait le 5 décembre 2003 que la proposition du député «pose plus de problèmes qu'elle n'en règle» et penchait en faveur de son abandon. Le 23 janvier 2004, le Sénat a supprimé, à l'unanimité,

l'amendement. C'est la seconde fois que les sénateurs suppriment une telle proposition: en avril 2003, ils s'y étaient déjà opposés lors de l'examen de la loi renforçant la lutte contre la violence routière adoptée le 12 juin 2003.

E. Les lois de bioéthique

34. Le 11 décembre 2003, l'Assemblée nationale a adopté en seconde lecture le projet de loi sur la bioéthique en vue de réviser les lois de 1994 relatives au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, conformément à ce qu'avait prévu le législateur d'alors, afin de prendre en compte les progrès scientifiques et médicaux intervenus depuis et les nouvelles questions qui se posent à la société. Le projet renforce les garanties en matière d'information ainsi que de recherche et de recueil du consentement des personnes face à l'évolution rapide des techniques, prohibe des pratiques rendues possibles par la technique (le clonage reproductif) et encadre celles dont l'intérêt médical est avéré (recherche sur l'embryon *in vitro*). Il met en place une instance d'encadrement et de contrôle (l'Agence de la procréation, de l'embryologie et de la génétique humaines) qui assurera également des fonctions d'accompagnement, de veille et d'expertise dans ces domaines (<http://www.assemblee-nationale.fr/dossiers/bioethique.asp>).

III. LE DROIT EUROPÉEN

A. La Convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine

35. La Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, dite aussi Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, ouverte à la signature le 4 avril 1997 à Oviedo, est entrée en vigueur le 1^{er} décembre 1999. Dans cette convention, les États membres du Conseil de l'Europe, les autres États et la Communauté européenne signataires,

« (...)

Résolus à prendre, dans le domaine des applications de la biologie et de la médecine, les mesures propres à garantir la dignité de l'être humain et les droits et libertés fondamentaux de la personne,

Sont convenus de ce qui suit:

Chapitre I – Dispositions générales

Article 1 – Objet et finalité

Les Parties à la présente Convention protègent l'être humain dans sa dignité et son identité et garantissent à toute personne, sans discrimination, le respect de son intégrité et de ses autres droits et libertés fondamentales à l'égard des applications de la biologie et de la médecine.

Chaque Partie prend dans son droit interne les mesures nécessaires pour donner effet aux dispositions de la présente Convention.

Article 2 – Primauté de l'être humain

L'intérêt et le bien de l'être humain doivent prévaloir sur le seul intérêt de la société ou de la science.

(...)

Chapitre V – Recherche scientifique

(...)

Article 18 – Recherche sur les embryons *in vitro*

1. Lorsque la recherche sur les embryons *in vitro* est admise par la loi, celle-ci assure une protection adéquate de l'embryon.

2. La constitution d'embryons humains aux fins de recherche est interdite.

(...)

Chapitre XI – Interprétation et suivi de la Convention

Article 29 – Interprétation de la Convention

La Cour européenne des Droits de l'Homme peut donner, en dehors de tout litige concret se déroulant devant une juridiction, des avis consultatifs sur des questions juridiques concernant l'interprétation de la présente Convention à la demande :

- du Gouvernement d'une Partie, après en avoir informé les autres Parties ;
- du Comité institué par l'article 32, dans sa composition restreinte aux Représentants des Parties à la présente Convention, par décision prise à la majorité des deux tiers des voix exprimées.

(...)

36. L'article 1 (paragraphes 16 à 19) du rapport explicatif à cette convention est ainsi libellé :

Article 1 – Objet et finalité

« 16. Cet article définit le champ d'application de la Convention ainsi que sa finalité.

17. La Convention a pour but de garantir, dans le domaine des applications de la biologie et de la médecine, les droits et libertés fondamentales de chaque personne, en particulier son intégrité, et de garantir la dignité et l'identité de l'être humain dans ce domaine.

18. La Convention ne définit pas le terme « toute personne » (en anglais « *everyone* »). L'utilisation de ces termes comme équivalents est basée sur le fait que les deux se trouvent également dans les versions française et anglaise de la Convention européenne des Droits de l'Homme, qui n'en donne cependant pas une définition. En l'absence d'unanimité, parmi les Etats membres du Conseil de l'Europe, sur la définition de ces termes, il a été convenu de laisser au droit interne le soin éventuel d'apporter les précisions pertinentes aux effets de l'application de la présente Convention.

19. La Convention utilise aussi l'expression « être humain » en énonçant la nécessité de protéger l'être humain dans sa dignité et son identité. Il a été constaté qu'il est un principe généralement accepté selon lequel la dignité humaine et l'identité de l'espèce humaine doivent être respectées dès le commencement de la vie.

(...)»

B. Le Protocole additionnel à la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine portant interdiction du clonage d'êtres humains (12 janvier 1998)

37. L'article 1 de ce protocole est ainsi rédigé :

«1. Est interdite toute intervention ayant pour but de créer un être humain génétiquement identique à un autre être humain vivant ou mort.

2. Au sens du présent article, l'expression être humain «génétiquement identique» à un autre être humain signifie un être humain ayant en commun avec un autre l'ensemble des gènes nucléaires.»

C. Le Protocole additionnel à la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine relatif à la recherche biomédicale

38. Le projet de protocole a été approuvé par le Comité directeur pour la bioéthique le 20 juin 2003. Il a été soumis au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. Celui-ci a consulté l'Assemblée parlementaire qui a donné un avis favorable le 30 avril 2004 (Avis n° 252). Le 30 juin 2004, le Comité des Ministres a adopté ce texte.

Article 1 – Objet et finalité

«Les Parties au présent Protocole protègent l'être humain dans sa dignité et son identité, et garantissent à toute personne, sans discrimination, le respect de son intégrité et de ses autres droits et libertés fondamentales à l'égard de toute recherche dans le domaine de la biomédecine impliquant une intervention sur l'être humain.»

Article 2 – Champ d'application

«1. Le présent Protocole s'applique à l'ensemble des activités de recherche dans le domaine de la santé impliquant une intervention sur l'être humain.

2. Le Protocole ne s'applique pas à la recherche sur les embryons *in vitro*. Il s'applique à la recherche sur les fœtus et les embryons *in vivo*.

(...)»

Article 3 – Primauté de l'être humain

«L'intérêt et le bien de l'être humain qui participe à une recherche doivent prévaloir sur le seul intérêt de la société ou de la science.»

Article 18 – Recherche pendant la grossesse ou l'allaitement

«1. Une recherche sur une femme enceinte dont les résultats attendus ne comportent pas de bénéfice direct pour sa santé, ou celle de l'embryon, du fœtus ou de l'enfant après sa naissance, ne peut être entreprise que si les conditions supplémentaires suivantes sont réunies :

i. la recherche a pour objet de contribuer à l'obtention, à terme, de résultats permettant un bénéfice pour d'autres femmes en relation avec la procréation, ou pour d'autres embryons, fœtus ou enfants;

(...)»

Le rapport explicatif reprend les termes du rapport explicatif à la Convention.

D. Le rapport du Groupe de travail sur la protection de l'embryon et du fœtus humains: la protection de l'embryon humain *in vitro* (2003)

39. Le Groupe de travail sur la protection de l'embryon et du fœtus humains du Comité directeur pour la bioéthique a formulé la conclusion suivante dans un rapport établi en 2003 :

«Ce rapport a pour but de présenter une vue d'ensemble des positions actuelles en Europe sur la protection de l'embryon humain *in vitro* et des arguments qui les sous-tendent.

Il montre un large consensus sur la nécessité d'une protection de l'embryon *in vitro*. Néanmoins, la définition du statut de l'embryon reste un domaine où l'on rencontre des différences fondamentales reposant sur des arguments forts. Ces divergences sont, dans une large mesure, à l'origine de celles rencontrées sur les questions ayant trait à la protection de l'embryon *in vitro*.

Toutefois, même en l'absence d'accord sur le statut de l'embryon, la possibilité de réexaminer certaines questions à la lumière des récents développements dans le domaine biomédical et des avancées thérapeutiques potentielles, pourrait être envisagée. Dans ce contexte, tout en reconnaissant et respectant les choix fondamentaux des différents pays, il semble possible et souhaitable – au regard de la nécessité de protéger l'embryon *in vitro* reconnue par tous les pays – d'identifier des approches communes afin d'assurer des conditions adéquates d'application des procédures impliquant la constitution et l'utilisation d'embryons *in vitro*. Ce rapport se veut une aide à la réflexion vers cet objectif.»

E. Le Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies auprès de la Commission européenne

40. Ce groupe a notamment émis l'avis suivant sur les aspects éthiques de la recherche impliquant l'utilisation d'embryons humains dans le contexte du 5^e programme-cadre de recherche (23 novembre 1998) :

« (...) »

Contexte juridique

Controverses sur les notions de « débuts de la vie humaine » et de « personnalité humaine »

Les législations en vigueur dans les Etats membres diffèrent sensiblement quant à la question de savoir quand commence la vie humaine et à partir de quand apparaît la « personnalité » humaine. Force est de constater qu'il n'existe, en effet, aucune définition consensuelle, ni scientifique, ni juridique, des débuts de la vie.

On distingue cependant deux grandes conceptions du statut moral de l'embryon et par conséquent de la protection juridique dont il doit bénéficier :

Dans la première conception, l'embryon n'est pas un être humain et ne mérite donc qu'une protection limitée :

Dans la seconde, l'embryon jouit du statut moral de tout être humain et doit donc bénéficier à ce titre d'une protection étendue.

Ce débat, qui a des incidences sur les règles à appliquer à la recherche sur l'embryon, est loin d'être clos. Récemment encore, lors des négociations de la Convention du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la biomédecine, les pays signataires ne sont pas parvenus à s'entendre sur le statut juridique de l'embryon, et n'ont donc pu trancher la question de l'admissibilité de la recherche sur l'embryon. Ils ont donc renvoyé aux lois des Etats le soin de statuer sur cette question. Cependant, l'article 18 de la Convention stipule dans son premier alinéa : lorsque la recherche sur les embryons *in vitro* est admise par la loi, celle-ci assure une protection adéquate de l'embryon.

(...)

Différences dans la définition même de l'embryon humain

Dans la plupart des Etats membres, il n'existe aucune définition juridique de l'embryon humain (Belgique, Danemark, Finlande, France, Grèce, Irlande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal et Suède). Dans les autres Etats (Allemagne, Autriche, Espagne et Royaume-Uni), la loi retient des notions très variables quant à la définition de l'embryon (...)

(...)

Portée variable des législations nationales

La portée des législations nationales concernant la recherche sur l'embryon est extrêmement variable.

Dans certains Etats, la recherche sur l'embryon humain n'est permise qu'au bénéfice de l'embryon concerné (Allemagne, Autriche). Dans d'autres Etats, elle n'est autorisée qu'à titre tout à fait exceptionnel (France, Suède) ou à de strictes conditions (Danemark, Espagne, Finlande, Royaume-Uni).

(...)

Diversité des points de vue

La diversité des points de vue quant au caractère moralement acceptable ou non de la recherche sur les embryons humains *in vitro* traduit des divergences entre principes éthiques, conceptions philosophiques et traditions nationales. Cette diversité est à la base même de la culture européenne. Deux approches s'opposent notamment : l'approche déontologique qui veut que nos devoirs et nos principes conditionnent la finalité et les conséquences de nos actions ; l'approche utilitaire ou « téléologique » qui implique que les actions humaines soient évaluées en fonction des moyens et des fins poursuivies (ou des conséquences).

(...)

Le groupe émet l'avis suivant :

En préambule, il apparaît fondamental de rappeler que le progrès de la connaissance en sciences de la vie, lequel a une valeur éthique en soi, ne saurait cependant prévaloir sur les droits fondamentaux de l'homme et sur le respect dû à tous les membres de la famille humaine.

L'embryon humain, quel que soit le statut moral ou légal qui lui est reconnu au regard des différentes cultures et des différentes approches éthiques qui ont cours en Europe, mérite donc la protection de la loi. Alors même qu'il existe un continuum de la vie humaine, cette protection doit être renforcée au fur et à mesure du développement de l'embryon et du fœtus.

Le Traité de l'Union, qui ne prévoit pas de compétence législative communautaire dans les domaines de la recherche et de la médecine, implique qu'une telle protection relève des législations nationales (comme c'est également le cas de la procréation médicalement assistée et de l'interruption volontaire de grossesse). Il n'en reste pas moins cependant que les instances communautaires doivent se préoccuper des questions éthiques soulevées par les pratiques médicales ou de recherche intéressant les débuts de la vie humaine.

Les instances communautaires doivent aborder ces questions éthiques en tenant compte des divergences morales et philosophiques reflétées par l'extrême diversité des règles juridiques applicables à la recherche sur l'embryon humain dans les quinze Etats membres. En effet, il serait non seulement juridiquement délicat d'imposer en ce domaine une harmonisation des législations nationales mais, du fait de l'absence de consensus, il serait également inopportun de vouloir édicter une morale unique, exclusive de toutes les autres.

Le respect des différences d'approches philosophiques, morales, voire juridiques, propres à chaque culture nationale est consubstantiel à la construction de l'Europe.

D'un point de vue éthique, le caractère multiculturel de la société européenne invite à la tolérance mutuelle, tant les peuples que les responsables politiques des Nations de l'Europe qui ont choisi, de manière unique, de lier leur destin tout en assurant le respect mutuel de traditions historiques particulièrement fortes.

D'un point de vue juridique, ce multiculturalisme a pour base l'article 6 du Traité d'Amsterdam (ex-article F du Traité de Maastricht) qui fait dériver les droits fondamentaux, reconnus au niveau de l'Union, notamment des « traditions constitutionnelles communes aux Etats membres » et qui proclame, par ailleurs, que « l'Union respecte l'identité nationale de ses Etats membres ».

Il résulte des principes ci-dessus définis que, dans le cadre des programmes de recherche européens, la question de la recherche sur l'embryon humain doit être envisagée, tant du point de vue du respect des principes éthiques fondamentaux communs à tous les États membres, qu'en tenant compte de la diversité de conceptions philosophiques et éthiques exprimées à travers les différentes pratiques et réglementations nationales en vigueur en ce domaine.

(...)»

IV. DROIT COMPARÉ

41. Dans la majorité des États membres du Conseil de l'Europe, l'incrimination d'homicide involontaire ne s'applique pas au fœtus. Cependant, trois pays ont fait le choix d'incriminations spécifiques. En Italie, l'article 17 de la loi du 22 mai 1978 relative à l'avortement prévoit un emprisonnement de trois mois à deux ans à l'encontre de celui qui cause une interruption de grossesse par imprudence. En Espagne, l'article 157 du code pénal prévoit une incrimination concernant les dommages causés à un fœtus et l'article 146 punit l'avortement provoqué par une «imprudence grave». En Turquie, l'article 456 du code pénal prévoit que celui qui cause involontairement un préjudice à quiconque sera puni d'une peine de six mois à un an d'emprisonnement; si la victime est une femme enceinte et que le préjudice a provoqué une naissance prématurée, le code pénal prévoit une peine de deux à cinq ans d'emprisonnement.

EN DROIT

I. SUR LA RECEVABILITÉ DE LA REQUÊTE

42. Le Gouvernement soutient principalement que la requête est incompatible *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention car l'article 2 de celle-ci ne s'appliquerait pas à l'enfant à naître. Il estime par ailleurs que la requérante disposait d'une voie de droit de nature à redresser son grief, à savoir obtenir la condamnation du centre hospitalier à des dommages-intérêts par l'introduction d'un recours devant les juridictions administratives. Dès lors, elle n'aurait pas épuisé les voies de recours internes conformément à l'article 35 § 1 de la Convention. A titre subsidiaire, il considère que la requête doit être rejetée pour défaut manifeste de fondement.

43. La requérante dénonce l'absence de protection de l'enfant à naître au regard de la loi pénale française et soutient que l'État a manqué à ses obligations au regard de l'article 2 de la Convention en ne retenant pas la qualification d'homicide involontaire en cas d'atteinte portée à celui-ci.

Par ailleurs, elle juge le recours devant les juridictions administratives inefficace car inapte à faire reconnaître, en tant que tel, l'homicide commis sur son enfant. Enfin, la requérante affirme qu'elle disposait d'un choix entre la voie pénale et la voie administrative, et que si le choix de la première, sans qu'elle ait pu le prévoir, s'est soldé par un échec, la seconde s'était fermée entre-temps par le jeu de la prescription.

44. La Cour constate que l'examen de la requête pose la question de savoir si l'article 2 de la Convention est applicable à une interruption involontaire de grossesse et, dans l'affirmative, si cette disposition exigeait dans les circonstances de l'espèce la possibilité d'un recours de nature pénale ou si les exigences de l'article 2 se trouvaient satisfaites par l'existence d'un recours en responsabilité devant la juridiction administrative. Ainsi formulées, les exceptions tirées de l'incompatibilité *ratione materiae* de la requête avec les dispositions de la Convention et du défaut d'épuisement des voies de recours internes sont très étroitement liées à la substance du grief énoncé par la requérante sur le terrain de l'article 2. Partant, la Cour estime opportun de joindre ces exceptions au fond (voir, notamment, *Airey c. Irlande*, arrêt du 9 octobre 1979, série A n° 32, p. 11, § 19).

45. La requête ne saurait dès lors être déclarée irrecevable soit comme incompatible *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention soit pour non-épuisement des voies de recours internes au sens de l'article 35 § 1 de la Convention. Par ailleurs, la Cour estime que la requête soulève des questions de fait et de droit qui nécessitent un examen au fond. La Cour conclut par conséquent qu'elle n'est pas manifestement mal fondée. Constatant en outre qu'elle ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité, la Cour la déclare recevable.

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

46. La requérante dénonce le refus des autorités de qualifier d'homicide involontaire l'atteinte à la vie de l'enfant à naître qu'elle portait. Elle se plaint que l'absence d'une législation pénale visant à réprimer et sanctionner une telle atteinte constitue une violation de l'article 2 de la Convention, lequel est ainsi libellé :

« 1. Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi.

2. La mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire :

a) pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale ;

- b) pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue;
- c) pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection.»

A. Thèses des parties

1. La requérante

47. La requérante affirme que le commencement de la vie a un sens et une définition universels. Même si cela est dans la nature des choses, on démontre aujourd'hui scientifiquement que toute vie commence dès la fécondation. C'est une constatation expérimentale. L'enfant conçu et non encore né n'est ni un amas de cellules, ni une chose; il est une personne. Dans le cas contraire, il faudrait conclure qu'elle n'a en l'espèce rien perdu. Une telle hypothèse n'est pas admissible pour une femme enceinte. Ainsi, le terme «personne» employé à l'article 2 de la Convention est à prendre au sens d'être humain et non pas au sens d'individu revêtant les attributs de la personnalité juridique. C'est bien ainsi que l'ont compris le Conseil d'Etat et la Cour de cassation qui, acceptant d'apprécier la compatibilité de la loi sur l'interruption de grossesse avec l'article 2, ont nécessairement admis que l'enfant à naître relevait, dès les premiers instants de sa vie intra-utérine, du champ d'application de cette disposition (Conseil d'Etat ass., 21 décembre 1990, *Recueil Lebon*, p. 368; Cass. crim., 27 novembre 1996, *Bull. crim.* n° 431).

48. Selon la requérante, le droit français garantit à tout être humain le droit à la vie dès l'instant de sa conception sous réserve de certaines exceptions prévues par la loi, en matière d'avortement. A cet égard, elle ajoute qu'à l'exception de l'avortement thérapeutique, toute autre forme d'avortement est incompatible avec l'article 2 de la Convention du fait de l'atteinte portée au droit à la vie de l'enfant conçu. Même dans l'hypothèse où l'on admet que les États peuvent autoriser, sous certaines conditions, les femmes qui le demandent à recourir à l'avortement, les États contractants ne seraient pas libres d'exclure l'enfant à naître de la protection de l'article 2. Le principe devrait être distingué de l'exception. L'article 1^{er} de la loi de 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse (repris aux articles 16 du code civil et L. 2211-1 du code de la santé publique, paragraphe 28 ci-dessus) poserait le principe, à savoir le respect de tout être humain dès le commencement de la vie, et prévoirait ensuite l'exception en cas de nécessité et selon les conditions définies par la loi. Le législateur aurait, par ailleurs, implicitement admis que la vie commence dès l'instant de la conception en posant un certain nombre de règles protégeant l'embryon *in vitro* dans les lois de bioéthique du 29 juillet 1994 (paragraphe 34 ci-dessus). Ainsi, si la mort pourrait exceptionnellement

prévaloir sur la vie, cette dernière resterait la valeur essentielle défendue par la Convention. L'exception ne devrait pas exclure la condamnation d'un tiers qui, par sa propre imprudence, fait périr un enfant à naître. La volonté de la mère ne saurait être assimilée à l'imprudence d'un tiers. La Cour pourrait donc affirmer que la loi des Parties contractantes doit assurer la protection de l'enfant conçu en réprimant pénalement l'homicide involontaire commis à son encontre même si cette loi autorise par ailleurs le recours à l'avortement.

49. La requérante rappelle que, selon la jurisprudence de la Cour, les Etats ont «le devoir primordial d'assurer le droit à la vie en mettant en place une législation pénale concrète dissuadant de commettre des atteintes contre la personne et s'appuyant sur un mécanisme d'application conçu pour (...) prévenir, réprimer et sanctionner les violations» (arrêts *Kılıç c. Turquie*, n° 22492/93, § 62, CEDH 2000-III, et *Mahmut Kaya c. Turquie*, n° 22535/93, § 85, CEDH 2000-III). D'après elle, l'infléchissement de la jurisprudence amorcé par l'arrêt *Calvelli et Ciglio c. Italie* ([GC], n° 32967/96, § 51, CEDH 2002-I) selon lequel, dans l'hypothèse d'une atteinte involontaire à la vie, le système judiciaire n'exige pas nécessairement un recours de nature pénale, ne peut être suivi en l'espèce car un recours de nature civile «ne permet pas d'exprimer la réprobation publique face à une infraction [aussi] grave (...) qu'un homicide» (opinion partiellement dissidente de M. le juge Rozakis, à laquelle ont déclaré se rallier M. Bonello et M^{me} Strážnická, juges, dans l'arrêt *Calvelli et Ciglio* précité). La protection du droit à la vie garanti par l'article 2 s'en trouverait dépréciée. C'est la raison pour laquelle la requérante considère que la création du délit d'interruption involontaire de grossesse répond au vide créé par la Cour de cassation et comble la carence de l'Etat relative à son devoir de protection de l'être humain dans sa forme la plus jeune (paragraphe 32 ci-dessus).

50. La requérante fait valoir qu'elle disposait d'une option entre les voies pénale et administrative et qu'elle pouvait choisir entre les deux ordres de juridictions. Elle explique qu'elle a choisi la première parce que, d'une part, celle-ci était la seule apte à faire reconnaître, en tant que tel, l'homicide involontaire commis sur son enfant et que, d'autre part, l'instruction pénale facilitait la détermination des responsabilités. A son avis, rien ne laissait présager que la voie pénale serait vouée à l'échec, la position de la Cour de cassation prise en l'espèce en 1999, confirmée ensuite en 2001 et 2002, semblant loin d'être acquise eu égard à la jurisprudence résistante des cours d'appel et à la critique quasi unanime de la doctrine (paragraphe 31 ci-dessus). Ainsi, dans un arrêt du 3 février 2000 (cour d'appel (CA) de Reims, *Dalloz* 2000, jurisp., p. 873), la cour d'appel a condamné pour homicide involontaire un automobiliste qui avait percuté un véhicule blessant grièvement la conductrice enceinte de huit mois et causant par la suite le décès du bébé (voir égale-

ment CA Versailles, 19 janvier 2000, inédit). La requérante conclut qu'elle n'avait *a priori* aucune raison de saisir les juridictions administratives et soutient qu'elle n'aurait pu le savoir qu'après la relaxe du docteur G., prononcée par le tribunal correctionnel. Cependant, à cette date, l'action contre l'administration était déjà prescrite. C'est pourquoi le recours devant les juridictions administratives ne saurait passer pour efficace au sens de l'article 35 § 1 de la Convention.

2. *Le Gouvernement*

51. Après avoir souligné que ni la métaphysique ni la médecine ne donnent de réponse définitive à la question de savoir si, et à partir de quel moment, le fœtus est un être humain, le Gouvernement affirme que sur le plan juridique l'article 2 de la Convention ne protège pas le droit à la vie du fœtus en qualité de personne. L'expression «toute personne» contenue à l'article 2 mais également aux articles 5, 6, 8 à 11 et 13 de la Convention serait utilisée de telle manière qu'elle ne pourrait s'appliquer qu'après la naissance (*X c. Royaume-Uni*, n° 8416/79, décision de la Commission du 13 mai 1980, Décisions et rapports (DR) 19, p. 244). L'article 2, pris isolément, conduirait à la même observation car les limitations apportées au droit à la vie de «toute personne» prévues au paragraphe 2 concernent toutes, de par leur nature, les personnes déjà nées.

52. Quant au «droit à la vie», visé dans le même article, il ne pourrait davantage être interprété comme s'appliquant au fœtus et concernerait uniquement la vie de personnes déjà nées vivantes car il ne serait ni cohérent ni justifié de dissocier ce droit du sujet auquel il se rattache, en l'occurrence la personne. A la différence de l'article 4 § 1 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme de 1969 selon lequel «Toute personne a droit au respect de sa vie. Ce droit doit être protégé par la loi, et en général à partir de la conception», les États signataires de la Convention n'auraient pas envisagé une telle extension de l'article 2 de la Convention au motif que, déjà en 1950, la quasi-totalité des Parties contractantes autorisaient l'avortement dans certaines circonstances. Reconnaître que le fœtus bénéficie du droit à la vie au sens de l'article 2 place sur un pied d'égalité la vie de la mère et celle du fœtus. Par ailleurs, privilégier la sauvegarde de la vie du second ou la mettre en balance avec l'unique risque à la fois grave, immédiat et insurmontable pour la vie de la mère constituerait une régression historique et sociale ainsi qu'une remise en cause des législations en vigueur dans de nombreux États parties à la Convention.

53. Le Gouvernement rappelle que la Commission s'est interrogée sur le point de savoir s'il était opportun d'accorder au fœtus un droit à la vie assorti de certaines limitations tenant à la protection de la vie et de la

santé de la mère (*X c. Royaume-Uni*, décision précitée). Il estime qu'une telle limitation ne permettrait pas de légitimer l'avortement fondé sur des considérations thérapeutiques, morales ou sociales comme plusieurs législations nationales l'autorisaient pourtant déjà au moment de la négociation de la Convention. Cela reviendrait à sanctionner des États ayant fait le choix du droit à l'avortement en tant qu'expression et application du droit des femmes à disposer de leur corps et à maîtriser leur maternité. Or les États parties n'ont pas voulu conférer à l'expression « droit à la vie » un sens couvrant le fœtus, de manière manifestement contraire à leur droit interne.

54. Eu égard à ce qui précède, le Gouvernement considère que la Convention n'est pas adaptée au cas du fœtus et que si les États européens avaient la volonté de protéger efficacement le droit à la vie de celui-ci un texte distinct de l'article 2 devrait être élaboré. Une interprétation de l'article 2 selon laquelle le droit à la vie admettrait des exceptions implicites ne serait conforme ni à sa lettre ni à son esprit. D'une part, les exceptions visées constitueraient une liste limitative et il ne saurait en être autrement à l'égard d'un droit aussi fondamental : le Gouvernement se réfère à l'affaire *Pretty c. Royaume-Uni* (n° 2346/02, § 37, CEDH 2002-III), où la Cour a dit que l'article 2 « définit les circonstances limitées dans lesquelles il est permis d'infliger intentionnellement la mort ». D'autre part, ces exceptions doivent être comprises strictement et interprétées de façon étroite (*Öcalan c. Turquie*, n° 46221/99, § 201, 12 mars 2003).

55. Le Gouvernement observe qu'en l'espèce l'avortement thérapeutique de la requérante a pour origine des actes commis par le médecin au-delà de la période légale d'avortement qui était à l'époque de dix semaines et qui est actuellement de douze semaines (paragraphes 27-28 ci-dessus). Toutefois, si la Cour devait estimer que cette circonstance autorise l'application de l'article 2 – le fœtus devant être considéré comme une personne protégée par cette disposition – il rappelle que, dans plusieurs États européens, le délai légal d'avortement atteint parfois plus de vingt semaines, comme aux Pays-Bas ou en Angleterre (où l'avortement peut être pratiqué jusqu'à vingt-quatre semaines). Sauf à remettre en cause les législations nationales et la marge d'appréciation dont les autorités nationales jouissent dans ce domaine, l'article 2 ne saurait dès lors être applicable à l'enfant à naître. C'est aussi la raison pour laquelle, selon le Gouvernement, la question de la viabilité du fœtus en l'espèce n'est pas pertinente. Il serait paradoxal que les États disposent d'une marge d'appréciation leur permettant d'exclure le fœtus de la protection de l'article 2 dans le cas où un arrêt de grossesse est intentionnellement pratiqué avec le consentement de la mère et parfois à cette seule condition, sans qu'il leur soit reconnu la même marge d'appréciation pour exclure du champ d'application de cette disposition le fœtus

dans l'hypothèse d'une grossesse interrompue à cause d'une faute involontaire.

56. A titre subsidiaire, le Gouvernement rappelle qu'en droit français le fœtus bénéficie d'une protection indirecte à travers le corps de la femme enceinte dont il est l'extension. Il en est ainsi lorsque l'avortement est provoqué intentionnellement hors les cas limitativement énumérés par la loi (article 223-10 du code pénal, paragraphe 25 ci-dessus) ou à la suite d'un accident. Dans cette dernière hypothèse, les mécanismes classiques de la responsabilité civile auraient vocation à s'appliquer : la mère peut être indemnisée pour son préjudice personnel, matériel, moral, qui prend nécessairement en compte le fait de la grossesse. Par ailleurs, au plan pénal, si une personne quelconque provoque par maladresse une interruption de grossesse, elle pourra être poursuivie pour blessures involontaires, la destruction du fœtus s'analysant comme une altération des organes de la femme.

57. Le Gouvernement soutient que la requérante pouvait obtenir la condamnation du centre hospitalier pour la faute du médecin dans le délai de prescription quadriennale de l'action en responsabilité administrative. Il explique que les victimes des dommages causés par les agents publics de l'administration bénéficient de deux voies de recours distinctes. Si la faute à l'origine de leur préjudice est une faute personnelle de l'agent, détachable de l'exercice de ses fonctions, la victime pourra en obtenir réparation en attrayant ledit agent devant une juridiction judiciaire ; si la faute génératrice du dommage révèle un dysfonctionnement de l'administration, il s'agira d'une faute de service qui tombe dans la compétence du juge administratif. Le Gouvernement fait valoir que, dans l'arrêt *Epoux V.* (CE, 10 avril 1992), le Conseil d'Etat a abandonné l'exigence d'une faute lourde pour engager la responsabilité du service hospitalier. En outre, est considérée comme une exception à la responsabilité de l'hôpital en cas de faute médicale la faute personnelle détachable du service qui est soit purement personnelle, c'est-à-dire dépourvue de tout lien avec le service, ce qui n'était pas le cas en l'espèce, soit intentionnelle ou d'une exceptionnelle gravité, ce qui s'entend d'une faute professionnelle inexcusable dont la gravité lui fait perdre son caractère indissociable du service à l'occasion duquel elle a été commise. En réalité, le Gouvernement explique que la faute personnelle de l'agent et la faute de service sont le plus souvent mêlées, notamment en matière de blessures ou d'homicide involontaires. C'est la raison pour laquelle le Conseil d'Etat a très vite admis que la responsabilité personnelle de l'agent n'est pas exclusive de celle de son administration de rattachement (CE, *Epoux Lemonnier*, 1918). Pour le Gouvernement, la requérante disposait donc de la possibilité de demander réparation de son préjudice devant le juge administratif dès la réalisation de ce préjudice, sans devoir attendre l'issue de la procédure pénale. Son action aurait

cu d'autant plus de chances de succès que la mise en cause de la responsabilité de l'administration hospitalière implique uniquement la démonstration d'une faute simple et les expertises judiciaires relevaient précisément des problèmes d'organisation du service hospitalier. On peut donc légitimement penser que les juridictions administratives en seraient venues à la même conclusion.

58. Le Gouvernement affirme que ce recours était efficace et suffisant au regard des obligations positives découlant de l'article 2 de la Convention (*Calvelli et Ciglio*, précité) et que la requérante s'est privée par son inaction ou sa propre négligence d'une voie de recours qui lui était pourtant ouverte pendant quatre ans à compter de la survenance du dommage et pour laquelle elle pouvait bénéficier des conseils de ses avocats. Dans l'affaire *Calvelli et Ciglio*, l'applicabilité de l'article 2 de la Convention à un nouveau-né ne faisait pas de doute. Dans le cas d'espèce, où l'application de l'article 2 est contestable, il y aurait donc des raisons supplémentaires pour estimer que la possibilité de mettre en œuvre les mécanismes de responsabilité civile ou administrative est suffisante. Pour le Gouvernement, cette action en responsabilité aurait pu se fonder sur l'atteinte à la vie de l'enfant que portait la requérante car la jurisprudence des juridictions administratives en la matière ne semble pas exclure, à ce jour, la possibilité de faire bénéficier les embryons de la protection énoncée à l'article 2 de la Convention (CE ass., Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres, arrêt précité du 21 décembre 1990 – paragraphe 47 ci-dessus). Au moment des faits, la question n'était en tout cas pas clairement tranchée par le Conseil d'Etat.

59. En conclusion, le Gouvernement considère que, à supposer même que l'article 2 soit applicable en l'espèce, cette disposition n'imposerait pas, s'agissant d'une faute involontaire, que la vie du fœtus soit protégée par le droit pénal, ainsi que cela prévaut dans bon nombre de pays européens.

B. Les tierces interventions

1. Le Centre des droits génésiques

60. Selon le Centre des droits génésiques (ci-après «CCR», pour «Center for Reproductive Rights»), reconnaître au fœtus à naître la qualité de sujet de droit et donc de «personne» au sens de l'article 2 de la Convention n'est pas possible faute de fondement juridique pour le faire d'une part (i), et en raison de l'atteinte qu'une telle reconnaissance porterait aux droits fondamentaux des femmes d'autre part (ii). Il conclut au caractère peu opportun de l'extension de droits au fœtus car la perte d'un fœtus désiré représente un dommage subi par la future mère (iii).

61. (i) L'affirmation selon laquelle le fœtus est une personne irait à l'encontre de la jurisprudence des organes de la Convention, de celle des législations des États membres du Conseil de l'Europe, des normes internationales et de la jurisprudence des tribunaux du monde entier. S'appuyant sur les décisions *X c. Royaume-Uni* (décision de la Commission précitée), *H. c. Norvège* (n° 17004/90, décision de la Commission du 19 mai 1992, DR 73, p. 155) et plus récemment *Boso c. Italie* (n° 50490/99, CEDH 2002-VII), par lesquelles Commission et Cour ont considéré que l'octroi au fœtus des mêmes droits qu'aux personnes entraînerait des restrictions abusives aux droits reconnus par l'article 2 aux personnes déjà nées, le CCR ne voit pas de raison de s'en départir sauf à remettre en cause le droit à l'avortement dans tous les États membres du Conseil de l'Europe.

62. Les législations européennes, pas plus que leur interprétation par les juridictions nationales, ne font du fœtus une personne. Le CCR rappelle la position constante de la Cour de cassation (paragraphe 29 ci-dessus) qui serait conforme à la distinction établie par le droit français entre les notions d'« être humain » et de « personne », la première étant une notion biologique, la seconde un concept juridique attaché à une catégorie juridique dont les droits prennent effet et sont acquis à la naissance bien que, dans certaines circonstances, les droits acquis à la naissance puissent prendre effet rétroactivement à la conception. Les juridictions nationales ont par ailleurs abordé la question du statut juridique de la personne dans le cadre de l'avortement. Ainsi, les Cours constitutionnelles autrichienne et néerlandaise ont considéré qu'il ne fallait pas interpréter l'article 2 comme protégeant l'enfant à naître, et le Conseil constitutionnel français a estimé qu'il n'y avait pas de conflit entre la législation sur l'interruption volontaire de grossesse et la protection constitutionnelle du droit à la santé de l'enfant (décision n° 74-54 du 15 janvier 1975). Cette interprétation est conforme aux législations en la matière dans toute l'Europe : à l'exception d'Andorre, de l'Irlande, du Liechtenstein, de Malte, de la Pologne et de Saint-Marin qui ont maintenu des restrictions sévères à l'avortement (avec uniquement des exceptions thérapeutiques très étroites), trente-neuf États membres du Conseil de l'Europe permettent à une femme de mettre un terme à sa grossesse sans restriction pendant le premier trimestre ou pour des motifs thérapeutiques très larges.

63. S'agissant des normes internationales et régionales, le CCR observe que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques n'indique pas si le droit à la vie s'applique au fœtus. Cela étant, il précise que le Comité des droits de l'homme a constamment souligné la menace pour la vie des femmes que représentent les avortements pratiqués dans l'illégalité. Il en est de même de la Convention relative aux droits de l'enfant et de l'interprétation par le Comité des droits de l'enfant de l'article 6 selon lequel « tout enfant a un droit inhérent à la vie ». A plusieurs occasions, le comité

s'est préoccupé de la difficulté des adolescentes à bénéficier d'interruption de grossesse dans de bonnes conditions de sécurité et a exprimé sa crainte quant à l'incidence d'une législation répressive sur les taux de mortalité maternelle. La jurisprudence du système régional américain, nonobstant l'article 4 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme (paragraphe 52 ci-dessus), n'offre pas une protection absolue au fœtus avant la naissance. La Commission interaméricaine a estimé en effet, dans l'affaire «*Baby boy*» (1981), que l'article 4 précité ne faisait pas obstacle à la législation fédérale libérale sur l'interruption volontaire de grossesse. Quant à l'Organisation de l'Union africaine, elle a adopté le Protocole relatif aux droits des femmes le 11 juillet 2003, en vue de compléter la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981, qui élargit la protection garantie au droit des femmes de mettre un terme à leur grossesse.

64. Enfin, parmi les Etats non européens, le CCR note que les Cours suprêmes du Canada et des Etats-Unis se sont refusées à traiter les fœtus à naître comme des sujets de droits (affaires *Winnipeg Child Family Services v. G.* (1997) et *Roe v. Wade* (1973)). La seconde a réitéré cette jurisprudence, dans une affaire récente en l'an 2000 (*Stenberg v. Carhart*), dans laquelle elle a déclaré inconstitutionnelle une loi d'un Etat fédéré qui interdisait certaines méthodes d'avortement et ne prévoyait aucune protection pour la santé des femmes. De même, en Afrique du Sud, se prononçant sur une demande contestant la constitutionnalité de la loi récemment adoptée sur l'interruption volontaire de grossesse, qui autorisait l'avortement, sans restriction pendant le premier trimestre et pour de larges motifs aux stades ultérieurs de la grossesse, la *High Court* sud-africaine a considéré que le fœtus n'avait pas de personnalité juridique (affaire *Christian Lawyers Association of South Africa and Others v. Minister of Health and Others*, 1998).

65. (ii) Selon le CCR, la reconnaissance de droits au fœtus porte notamment atteinte aux droits fondamentaux de la femme à la vie privée. Dans l'affaire *Brüggemann et Scheuten c. Allemagne* (n° 6959/75, rapport de la Commission du 12 juillet 1977, DR 10, p. 123), la Commission aurait implicitement admis qu'une interdiction absolue de l'avortement représente une atteinte prohibée au droit à la vie privée sur le terrain de l'article 8 de la Convention. Par la suite, tout en rejetant l'idée que l'article 2 protège le droit à la vie des fœtus, les organes de la Convention auraient en outre reconnu que le droit au respect de la vie privée garanti à la femme enceinte, en tant que personne essentiellement concernée par la grossesse, sa poursuite ou son interruption, primait sur les droits du père (paragraphe 61 ci-dessus). En plus de ce respect, c'est la préservation de la vie et de la santé d'une femme enceinte qui prévaut; en considérant que des restrictions aux échanges d'informations sur l'avortement créaient un risque pour la santé des

femmes dont les grossesses menaçaient la vie, la Cour a conclu que l'injonction était «disproportionnée aux objectifs poursuivis» et que, dès lors, l'intérêt présenté par la santé d'une femme dépassait l'intérêt moral déclaré d'un Etat à protéger les droits du fœtus (*Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, arrêt du 29 octobre 1992, série A n° 246-A).

66. (iii) De l'avis du CCR, le fait de ne pas reconnaître le fœtus comme une personne au regard de l'article 2 n'empêche pas de trouver un recours pour les dommages tels que celui qui a donné lieu à la présente affaire. La perte d'un fœtus désiré est un préjudice subi par la future mère. En conséquence, les droits qui peuvent être défendus dans cette affaire sont ceux de la requérante et non ceux du fœtus qu'elle a perdu. Il relève du pouvoir législatif de chacun des Etats membres du Conseil de l'Europe de réprimer au regard tant du droit civil que du droit pénal les infractions commises par des individus qui causent un dommage à une femme en provoquant la fin d'une grossesse désirée.

2. *L'Association pour le planning familial*

67. L'Association pour le planning familial (ci-après «FPA», pour «Family Planning Association») cherche essentiellement à faire valoir que le droit à la vie consacré par l'article 2 de la Convention ne doit pas s'interpréter comme concernant aussi l'enfant à naître (i). A l'appui de sa thèse, la FPA présente à la Cour des éléments montrant quelle est à l'heure actuelle la situation juridique en matière d'avortement dans les Etats membres du Conseil de l'Europe (ii) et un résumé sur le statut juridique de l'enfant à naître en droit britannique (iii).

68. (i) La FPA rappelle que l'article 2 est rédigé de manière à n'autoriser qu'un très petit nombre d'exceptions à l'interdiction qu'il énonce d'infliger intentionnellement la mort. L'interruption volontaire de grossesse ne fait pas partie des exceptions prévues, lesquelles ne sauraient pas non plus être interprétées comme englobant cette pratique. Les éléments récents montrent que l'interruption volontaire de grossesse sur demande au cours du premier trimestre est désormais couramment admise dans toute l'Europe et que l'interruption volontaire de grossesse pour certains motifs au cours du deuxième trimestre l'est aussi très largement. Si elle devait considérer que l'article 2 s'applique à l'enfant à naître dès la conception, ainsi que la requérante le soutient, la Cour remettrait en question les lois sur l'avortement adoptées par la plupart des Etats contractants. Par ailleurs, cela ferait tomber dans l'illégalité la majorité des méthodes de contraception actuellement utilisées dans toute l'Europe du fait qu'elles agissent ou peuvent agir après la conception pour empêcher la nidation. Cela aurait donc des conséquences désastreuses tant sur les choix et la vie de chacun que sur la politique sociale. La *High Court* anglaise a récemment admis que telle serait la conséquence

indésirable qui se produirait si elle souscrivait à l'argument de la *Society for the Protection of Unborn Children* selon lequel les contraceptifs hormonaux d'urgence sont des abortifs au motif que la grossesse commence à la conception : voir *Society for the Protection of Unborn Children v. Secretary of State for Health, High Court, Administrative Court (England and Wales) 2002*, p. 610.

69. Il y aurait également lieu de rejeter la possibilité que l'article 2 s'applique au fœtus moyennant certaines limitations implicites, par exemple au-delà d'un seuil critique (viabilité ou autre critère lié à la durée de la grossesse). Les éléments récents montrent que, en dehors du large consensus qui vient d'être évoqué, il n'existe pas la moindre norme généralement reconnue quant au nombre de semaines de grossesse pendant lequel l'avortement est autorisé, aux motifs pour lesquels l'avortement peut être pratiqué après un tel délai, ou aux conditions devant être respectées.

70. (ii) Il existe des études récentes (*International Planned Parenthood Federation, Abortion Legislation in Europe, IPPF European Network*, juillet 2002, et *Abortion Policies: A Global Review*, Division de la population de l'ONU, juin 2002) sur la situation juridique en matière d'avortement dans les Etats membres du Conseil de l'Europe, à l'exception de la Serbie-Monténégro. Ces études montrent que quatre Etats interdisent quasi totalement l'avortement, sauf lorsque la vie de la femme enceinte est en danger (Andorre, Liechtenstein, Saint-Marin, Irlande), alors que la grande majorité des Etats membres autorisent un recours bien plus large à l'avortement. La possibilité, attestée par ces études, de pratiquer celui-ci dans toute l'Europe concorde avec la tendance générale à la libéralisation de la législation sur l'avortement. Il ne ressort de la pratique des Etats membres aucun accord général quant à la période pendant laquelle l'avortement est autorisé après le premier trimestre, ou quant aux conditions à satisfaire pour pouvoir accéder à l'avortement aux stades ultérieurs de la grossesse. Les motifs pour lesquels l'avortement est permis sans qu'il soit fait mention d'un délai sont par ailleurs nombreux et variés. En conséquence, la FPA soutient que si l'article 2 était interprété comme s'appliquant à l'enfant à naître à partir d'un certain moment, cela remettrait en question la position juridique adoptée par plusieurs Etats au sein desquels l'interruption de grossesse est possible pour certains motifs à un stade ultérieur à celui que la Cour viendrait à déterminer.

71. (iii) Selon un principe général de la *common law* désormais établi, la personnalité juridique au Royaume-Uni se concrétise à la naissance. Avant ce stade, l'enfant à naître n'a aucune personnalité juridique autonome par rapport à celle de la femme enceinte. Néanmoins, malgré cette absence de personnalité juridique, les intérêts de l'enfant à naître sont souvent protégés pendant qu'il est dans le ventre de sa mère, même s'ils ne peuvent s'imposer comme des droits susceptibles d'être sanctionnés devant la justice tant qu'il n'y a pas eu acquisition de la personnalité juridique, à la naissance.

72. En droit civil, cela signifie spécifiquement qu'avant la naissance l'enfant à naître n'a pas qualité pour entamer une action en réparation ou faire usage d'autres recours juridictionnels à raison d'un préjudice ou d'une atteinte subis *in utero*, et qu'aucune plainte ne peut être présentée en son nom (affaire *Paton v. British Pregnancy Advisory Service Trustees*, *Queen's Bench Reports*, 1979, p. 276). Des efforts ont été déployés dans cette affaire et les décisions postérieures pour convaincre la juridiction saisie que selon le droit successoral l'enfant à naître peut être réputé « né » ou « personne existante » (*person in being*) dès lors que ses intérêts l'exigent. Néanmoins, l'affaire *Burton* confirme que ce principe est également subordonné à la condition que l'enfant soit né vivant (*Queen's Bench Reports*, 1993, pp. 204, 227).

73. En droit pénal, il est bien établi que l'enfant à naître n'est pas traité comme une personne juridique sous l'angle des règles de la *common law* sur l'homicide volontaire ou involontaire. Dans *Attorney-General's Reference* (n° 3, 1994), la *House of Lords* a conclu que les dommages corporels subis par l'enfant à naître lorsque celui-ci ne naît pas vivant ne pouvaient aboutir à une condamnation pour meurtre, homicide involontaire ou autre crime violent. Les droits de l'enfant à naître sont également protégés par les dispositions du droit pénal se rapportant à l'avortement. Les articles 58 et 59 de la loi de 1861 sur les infractions contre les personnes (*Offences against the Person Act 1861*) ont érigé en infraction le fait de provoquer un avortement et de fournir les moyens d'en provoquer un. De même, en vertu de l'article 1 de la loi de 1929 sur la protection de la vie des nouveau-nés (*Infant Life (Preservation) Act 1929*), la suppression de l'enfant à naître, lorsque celui-ci est viable à la naissance, constitue une infraction grave. Ces lois sont toujours en vigueur. L'avortement et la suppression d'un enfant demeurent illégaux, sous réserve de l'application de la loi de 1967 sur l'interruption volontaire de grossesse (*Abortion Act 1967*).

C. Appréciation de la Cour

74. La requérante se plaint de l'impossibilité d'obtenir la condamnation pénale du médecin ayant commis une erreur médicale à la suite de laquelle elle a dû subir un avortement thérapeutique. Il n'a pas été mis en doute que M^{me} Vo entendait mener sa grossesse à terme et que son enfant était en bonne santé. A la suite des faits, la requérante et son compagnon portèrent plainte avec constitution de partie civile pour blessures involontaires commises sur l'intéressée et pour homicide commis sur l'enfant qu'elle portait. Les juridictions ont estimé que l'action publique était éteinte en ce qui concerne la contravention de blessures involontaires sur la personne de la requérante et, cassant

l'arrêt de la cour d'appel sur le second point, la Cour de cassation a estimé que, au regard du principe selon lequel la loi pénale est d'interprétation stricte, le fœtus ne pouvait être victime d'un homicide involontaire. La question principale posée par la requérante est donc celle de savoir si l'absence de recours de nature pénale en droit français pour réprimer la suppression involontaire d'un fœtus constitue un manquement par l'État à son obligation de « protéger par la loi » le droit de toute personne à la vie, garanti par l'article 2 de la Convention.

1. *Etat de la jurisprudence*

75. Contrairement à l'article 4 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme qui énonce que le droit à la vie doit être protégé « en général à partir de la conception », l'article 2 de la Convention est silencieux sur les limites temporelles du droit à la vie et, en particulier, il ne définit pas qui est la « personne » dont « la vie » est protégée par la Convention. A ce jour, la Cour n'a pas encore tranché la question du commencement du droit « de toute personne à la vie », au sens de cette disposition, ni celle de savoir si l'enfant à naître en est titulaire.

Cette question n'a été soulevée pour l'instant qu'à travers les législations sur l'interruption volontaire de grossesse. Celle-ci ne constitue pas une exception au nombre de celles énumérées explicitement au paragraphe 2 de la Convention, mais elle est compatible avec l'article 2 § 1, première phrase, selon l'ancienne Commission, au nom de la protection de la vie et de la santé de la mère, parce que « si l'on admet que cette disposition s'applique à la phase initiale de la grossesse, l'avortement se trouve couvert par une limitation implicite du « droit à la vie » du fœtus pour, à ce stade, protéger la vie et la santé de la femme » (*X c. Royaume-Uni*, décision de la Commission précitée, p. 262).

76. Après avoir refusé, dans un premier temps, d'examiner *in abstracto* la compatibilité de lois concernant l'interruption volontaire de grossesse avec l'article 2 de la Convention (*X c. Norvège*, n° 867/60, décision de la Commission du 29 mai 1961, *Recueil des décisions*, vol. 6, p. 34; *X c. Autriche*, n° 7045/75, décision de la Commission du 10 décembre 1976, DR 7, p. 87), la Commission a reconnu, dans l'affaire *Brüggemann et Scheuten* (rapport de la Commission précité), la qualité de victime à des femmes se plaignant, au regard de l'article 8 de la Convention, de la décision de la Cour constitutionnelle limitant le recours à l'interruption de grossesse. Elle a précisé à cette occasion que l'« on ne saurait dire que la grossesse relève uniquement du domaine de la vie privée. Lorsqu'une femme est enceinte, sa vie privée devient étroitement associée au fœtus qui se développe » (p. 138, § 59). Toutefois, la Commission n'a pas estimé « nécessaire d'examiner, à ce propos, si l'enfant à naître doit être considéré comme une « vie » au sens de l'article 2 de la Convention, ou s'il doit être consi-

déré comme une entité qui puisse, sur le plan de l'article 8 § 2, justifier une ingérence pour la protection d'autrui» (p. 138, § 60). Elle a conclu à l'absence de violation de l'article 8 de la Convention car « toute réglementation de l'interruption des grossesses non désirées ne constitue pas une ingérence dans le droit au respect de la vie privée de la mère » (pp. 138-139, § 61), tout en soulignant que « rien ne prouve que les Parties à la Convention entendaient s'engager pour telle ou telle solution » (p. 140, § 64).

77. Dans sa décision *X c. Royaume-Uni*, précitée, la Commission s'est penchée sur la requête d'un mari qui se plaignait de l'autorisation accordée à sa femme en vue d'un avortement thérapeutique. Tout en considérant le père potentiel comme « victime » d'une violation du droit à la vie, elle a estimé, à propos du terme « toute personne », employé dans plusieurs articles de la Convention, qu'il ne pouvait s'appliquer avant la naissance tout en précisant qu'on « ne saurait (...) exclure une telle application dans un cas rare, par exemple pour l'application de l'article 6 § 1 » (p. 259, § 7, et voir, pour une telle application sous l'angle de l'accès au tribunal, *Reeve c. Royaume-Uni*, n° 24844/94, décision de la Commission du 30 novembre 1994, DR 79-B, p. 146). La Commission a ajouté que l'enfant à naître n'est pas une « personne » au vu de l'usage généralement attribué à ce terme et du contexte dans lequel il est employé dans la disposition conventionnelle. Quant au terme « vie », et en particulier le début de la vie, il existe des « divergences de points de vue sur la question du moment où [elle] commence (...). D'aucuns estiment qu'elle commence dès la conception alors que d'autres ont tendance à insister sur le moment de la nidation, sur celui où le fœtus devient « viable » ou encore sur celui où il naît vivant » (*X c. Royaume-Uni*, p. 260, § 12).

La Commission s'est ensuite interrogée sur le point de savoir si « l'article 2 doit être interprété : comme ne concernant pas (...) le fœtus ; comme reconnaissant au fœtus un « droit à la vie » assorti de certaines limitations implicites ; ou comme reconnaissant au fœtus un « droit à la vie » de caractère absolu » (*ibidem*, p. 261, § 17). Tout en ne se prononçant pas sur les deux premières hypothèses, elle a alors exclu catégoriquement la dernière interprétation eu égard à la protection nécessaire de la vie de la mère indissociable de celle de l'enfant à naître : « la « vie » du fœtus est intimement liée à la vie de la femme qui le porte et ne saurait être considérée isolément. Si l'on déclarait que la portée de l'article 2 s'étend au fœtus et que la protection accordée par cet article devait, en l'absence de limitation expresse, être considérée comme absolue, il faudrait en déduire qu'un avortement est interdit, même lorsque la poursuite de la grossesse mettrait gravement en danger la vie de la future mère. Cela signifierait que la vie à naître du fœtus serait considérée comme plus précieuse que celle de la femme enceinte » (*ibidem*, pp. 261-262, § 19). Cette solution fut retenue par la Commission alors que, dès 1950, quasi-

ment toutes les Parties contractantes « autorisaient l'avortement lorsqu'il était nécessaire pour sauver la vie de la mère et que, depuis lors, les législations nationales sur l'interruption de la grossesse ont eu tendance à se libéraliser » (*ibidem*, p. 262, § 20).

78. Dans l'affaire *H. c. Norvège* (décision de la Commission précitée) concernant un avortement non thérapeutique pratiqué contre la volonté du père, la Commission a ajouté que l'article 2 enjoint à l'Etat non seulement de s'abstenir de donner la mort intentionnellement mais aussi de prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie (pp. 180-181). Elle a estimé « n'avoir pas à décider du point de savoir si le fœtus peut bénéficier d'une certaine protection au regard de la première phrase de l'article 2 », sans exclure que « dans certaines conditions, cela puisse être le cas, même s'il existe dans les Etats contractants des divergences considérables quant au point de savoir si et dans quelle mesure l'article 2 protège la vie de l'enfant à naître » (p. 181). Elle a par ailleurs relevé que, dans un domaine aussi délicat, les Etats doivent jouir d'un certain pouvoir discrétionnaire et a conclu que le choix de la mère, opéré conformément à la législation norvégienne, cadrait avec celui-ci (p. 182).

79. La Cour n'a eu que peu d'occasions de se prononcer sur la question de l'application de l'article 2 au fœtus. Dans l'arrêt *Open Door et Dublin Well Woman*, déjà cité, le gouvernement irlandais invoquait la protection de la vie de l'enfant à naître pour justifier sa législation relative à l'interdiction de diffuser des informations concernant l'interruption volontaire de grossesse pratiquée à l'étranger. Seule reçut une réponse la question de savoir si les restrictions à la liberté de communiquer ou de recevoir les informations en cause étaient nécessaires dans une société démocratique, au sens du paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention, au « but légitime de protéger la morale, dont la défense en Irlande du droit à la vie (...) constitue un aspect » (arrêt précité, pp. 27-28, § 63), car la Cour n'a pas considéré pertinent de déterminer « si la Convention garantit un droit à l'avortement ou si le droit à la vie, reconnu par l'article 2, vaut également pour le fœtus » (*ibidem*, p. 28, § 66). Récemment, dans des circonstances similaires à celles de l'affaire *H. c. Norvège* précitée, à propos de la décision d'une femme d'interrompre sa grossesse et de l'opposition du père à un tel acte, la Cour a fait valoir qu'elle n'a pas « à décider du point de savoir si le fœtus peut bénéficier d'une protection au regard de la première phrase de l'article 2 telle qu'interprétée » par la jurisprudence relative aux obligations positives du devoir de protection de la vie car « à supposer même que, dans certaines circonstances, le fœtus puisse être considéré comme titulaire de droits garantis par l'article 2 de la Convention, (...) dans la présente affaire, (...) l'interruption (...) de grossesse a été pratiquée conformément à l'article 5 de la loi n° 194 de 1978 », celle-ci ménageant un juste équilibre entre les intérêts de la femme et la nécessité d'assurer la protection du fœtus (décision *Boso* précitée).

80. Il ressort de ce rappel jurisprudentiel que dans les circonstances examinées par les organes de la Convention à ce jour, à savoir les législations régissant l'avortement, l'enfant à naître n'est pas considéré comme une « personne » directement bénéficiaire de l'article 2 de la Convention et que son « droit » à la « vie », s'il existe, se trouve implicitement limité par les droits et les intérêts de sa mère. Les organes de la Convention n'excluent toutefois pas que, dans certaines circonstances, des garanties puissent être admises au bénéfice de l'enfant non encore né ; c'est ce que paraît avoir envisagé la Commission lorsqu'elle a considéré que « l'article 8 § 1 ne peut s'interpréter comme signifiant que la grossesse et son interruption relèvent, par principe, exclusivement de la vie privée de la mère » (*Brüggemann et Scheuten* précité, pp. 138-139, § 61), ainsi que la Cour dans la décision *Boso* précitée. Il résulte, par ailleurs, de l'examen de ces affaires que la solution donnée procède toujours de la confrontation de différents droits ou libertés, parfois contradictoires, revendiqués par une femme, une mère ou un père, entre eux, ou vis-à-vis de l'enfant à naître.

2. *Approche en l'espèce*

81. La singularité de la présente affaire place le débat sur un autre plan. La Cour est en présence d'une femme qui entendait mener sa grossesse à terme et dont l'enfant à naître était pronostiqué viable, à tout le moins en bonne santé. Cette grossesse a dû être interrompue à la suite d'une faute commise par un médecin et la requérante a donc subi un avortement thérapeutique à cause de la négligence d'un tiers. La question est dès lors de savoir si, hors de la volonté de la mère agissant dans le cas d'une interruption volontaire de grossesse, l'atteinte au fœtus doit être pénalement sanctionnée au regard de l'article 2 de la Convention, en vue de protéger le fœtus au titre de cet article. Elle suppose au préalable de se pencher sur l'opportunité pour la Cour de s'immiscer dans le débat lié à la détermination de ce qu'est une personne et quand commence la vie, dans la mesure où cet article dispose que la loi protège « le droit de toute personne à la vie ».

82. Comme cela découle du rappel jurisprudentiel effectué ci-dessus, l'interprétation de l'article 2 à cet égard s'est faite dans un souci évident d'équilibre, et la position des organes de la Convention, au regard des dimensions juridiques, médicales, philosophiques, éthiques ou religieuses de la définition de la personne humaine, a pris en considération les différentes approches nationales du problème. Ce choix s'est traduit par la prise en compte de la diversité des conceptions quant au point de départ de la vie, des cultures juridiques et des standards de protection nationaux, laissant place à un large pouvoir discrétionnaire de l'Etat en la matière qu'exprime fort bien l'avis du Groupe européen d'éthique des sciences

et des nouvelles technologies auprès de la Commission européenne : « Les instances communautaires doivent aborder ces questions éthiques en tenant compte des divergences morales et philosophiques reflétées par l'extrême diversité des règles juridiques applicables à la recherche sur l'embryon humain (...). Il serait non seulement juridiquement délicat d'imposer en ce domaine une harmonisation des législations nationales mais, du fait de l'absence de consensus, il serait également inopportun de vouloir édicter une morale unique, exclusive de toutes les autres » (paragraphe 40 ci-dessus).

Il en résulte que le point de départ du droit à la vie relève de la marge d'appréciation des Etats dont la Cour tend à considérer qu'elle doit leur être reconnue dans ce domaine, même dans le cadre d'une interprétation évolutive de la Convention, qui est « un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles » (voir l'arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni* du 25 avril 1978, série A n° 26, pp. 15-16, § 31, et la jurisprudence ultérieure). Les raisons qui la poussent à ce constat sont, d'une part, que la solution à donner à ladite protection n'est pas arrêtée au sein de la majorité des Etats contractants, et en France en particulier, où la question donne lieu à débat (paragraphe 83 ci-dessous), et, d'autre part, qu'aucun consensus européen n'existe sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie (paragraphe 84 ci-dessous).

83. La Cour observe que la Cour de cassation française, par trois arrêts consécutifs rendus en 1999, 2001 et 2002 (paragraphe 22 et 29 ci-dessus), a considéré que le principe de la légalité des peines et des délits – qui impose une interprétation stricte de la loi pénale – empêche que les faits reprochés en cas d'atteinte mortelle au fœtus puissent entrer dans les prévisions de l'article 221-6 du code pénal réprimant l'homicide involontaire « d'autrui ». En revanche, si à la suite d'une faute involontaire la mère accouche d'un enfant vivant qui décède peu de temps après sa naissance, l'auteur pourra être condamné pour homicide involontaire sur la personne du nouveau-né (paragraphe 30 ci-dessus). La première solution, en contradiction avec celle de plusieurs cours d'appel (paragraphe 21 et 50 ci-dessus), fut interprétée comme une invitation faite au législateur à combler un vide juridique ; ce fut également la position du tribunal correctionnel en l'espèce : « Le tribunal (...) ne peut créer le droit sur une question que [le législateur n'a] pu définir encore ». Le législateur français a esquissé une telle définition, en proposant la création d'un délit d'interruption involontaire de grossesse (paragraphe 32 ci-dessus), proposition de loi qui a échoué face aux craintes et incertitudes qu'une telle incrimination pouvait susciter à l'égard de la détermination du début de la vie, et aux inconvénients jugés supérieurs aux avantages de cette nouvelle incrimination (paragraphe 33 ci-dessus). Par ailleurs, la Cour note que, simultanément au constat répété de la haute juridiction selon lequel l'article 221-6 du code pénal n'est pas applicable au fœtus, le législateur

français est en passe de réviser les lois de bioéthique de 1994, qui avaient inséré dans le code pénal des dispositions relatives à la protection de l'embryon humain (paragraphe 25 ci-dessus), et qui nécessitaient un nouvel examen face aux progrès de la science et des techniques (paragraphe 34 ci-dessus). De cet aperçu, il ressort qu'en France la nature et le statut juridique de l'embryon et/ou du fœtus ne sont pas définis actuellement et que la façon d'assurer leur protection dépend de positions fort variées au sein de la société française.

84. Au plan européen, la Cour observe que la question de la nature et du statut de l'embryon et/ou du fœtus ne fait pas l'objet d'un consensus (paragraphe 39 et 40 ci-dessus), même si on voit apparaître des éléments de protection de ce/ces dernier(s), au regard des progrès scientifiques et des conséquences futures de la recherche sur les manipulations génétiques, les procréations médicalement assistées ou les expérimentations sur l'embryon. Tout au plus peut-on trouver comme dénominateur commun aux États l'appartenance à l'espèce humaine; c'est la potentialité de cet être et sa capacité à devenir une personne, laquelle est d'ailleurs protégée par le droit civil dans bon nombre d'États comme en France, en matière de succession ou de libéralités, mais aussi au Royaume-Uni (paragraphe 72 ci-dessus), qui doivent être protégées au nom de la dignité humaine sans pour autant en faire une « personne » qui aurait un « droit à la vie » au sens de l'article 2. La Convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine se garde d'ailleurs de définir le terme de personne et le rapport explicatif indique que, faute d'unanimité sur la définition, les États membres ont choisi de laisser au droit interne le soin d'apporter les précisions pertinentes aux effets de l'application de cette convention (paragraphe 36 ci-dessus). Il en est de même du Protocole additionnel prohibant le clonage humain et du Protocole relatif à la recherche biomédicale qui ne définissent pas le concept d'être humain (paragraphe 37 et 38 ci-dessus). Il n'est pas enfin sans intérêt de noter la possibilité pour la Cour d'être saisie en application de l'article 29 de la Convention d'Oviedo pour donner des avis relatifs à l'interprétation de cette convention.

85. Quant à ce qui précède, la Cour est convaincue qu'il n'est ni souhaitable ni même possible actuellement de répondre dans l'abstrait à la question de savoir si l'enfant à naître est une « personne » au sens de l'article 2 de la Convention. Quant au cas d'espèce, elle considère qu'il n'est pas nécessaire d'examiner le point de savoir si la fin brutale de la grossesse de M^{me} Vo entre ou non dans le champ d'application de l'article 2, dans la mesure où, à supposer même que celui-ci s'appliquerait, les exigences liées à la préservation de la vie dans le domaine de la santé publique n'ont pas été méconnues par l'État défendeur. La Cour s'est en effet demandé si la protection juridique offerte par la France à la requérante, par rapport à la perte de l'enfant à naître qu'elle portait,

satisfaisait aux exigences procédurales inhérentes à l'article 2 de la Convention.

86. A cet égard, elle observe qu'en l'absence de statut juridique clair de l'enfant à naître, celui-ci n'est pas pour autant privé de toute protection en droit français. Toutefois, dans les circonstances de l'espèce, la vie du fœtus était intimement liée à celle de sa mère et sa protection pouvait se faire au travers d'elle. Il en allait particulièrement ainsi dès lors qu'aucun conflit de droit n'existait entre la mère et le père, pas plus qu'entre l'enfant à naître et ses parents, mais que la perte du fœtus résultait de la négligence involontaire d'un tiers.

87. Dans la décision *Boso* précitée, la Cour a estimé que, à supposer même que le fœtus puisse être considéré comme étant titulaire de droits protégés par l'article 2 de la Convention (paragraphe 79 ci-dessus), la loi italienne relative à l'interruption volontaire de grossesse ménageait un juste équilibre entre les intérêts de la femme et la nécessité d'assurer la protection de l'enfant à naître. En l'espèce, l'objet du litige concerne l'atteinte mortelle involontaire de l'enfant à naître, contre la volonté de la mère, et au prix d'une souffrance toute particulière de celle-ci; force est de constater que leurs intérêts se confondaient. Dès lors, il appartient à la Cour d'examiner, sous l'angle de la question du caractère adéquat des voies de recours existantes, la protection dont la requérante disposait pour faire valoir la responsabilité du médecin dans la perte de son enfant *in utero* et pour obtenir réparation de l'interruption de sa grossesse qu'il lui a fallu subir. La requérante allègue que seul un recours de nature pénale eût été à même de satisfaire aux exigences de l'article 2 de la Convention. La Cour ne partage pas ce point de vue pour les raisons suivantes.

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

89. Ces principes s'appliquent aussi dans le domaine de la santé publique. Les obligations positives impliquent la mise en place par l'Etat d'un cadre réglementaire imposant aux hôpitaux, qu'ils soient privés ou publics, l'adoption de mesures propres à assurer la protection de la vie des malades. Il s'agit également d'instaurer un système judiciaire efficace et indépendant permettant d'établir la cause du décès d'un individu se trouvant sous la responsabilité de professionnels de la santé, tant ceux agissant dans le cadre du secteur public que ceux travaillant dans des structures privées, et le cas échéant d'obliger ceux-ci à répondre de leurs

actes (*Powell c. Royaume-Uni* (déc.), n° 45305/99, CEDH 2000-V; *Calvelli et Ciglio*, arrêt précité, § 49).

90. Si le droit de faire poursuivre ou condamner pénalement des tiers ne saurait être admis en soi (arrêt *Perez c. France* [GC], n° 47287/99, § 70, CEDH 2004-I), la Cour a maintes fois affirmé qu'un système judiciaire efficace tel qu'il est exigé par l'article 2 peut comporter, et dans certaines circonstances doit comporter, un mécanisme de répression pénale. Toutefois, si l'atteinte au droit à la vie ou à l'intégrité physique n'est pas volontaire, l'obligation positive découlant de l'article 2 de mettre en place un système judiciaire efficace n'exige pas nécessairement dans tous les cas un recours de nature pénale. Dans le contexte spécifique des négligences médicales, « pareille obligation peut être remplie aussi, par exemple, si le système juridique en cause offre aux intéressés un recours devant les juridictions civiles, seul ou conjointement avec un recours devant les juridictions pénales, aux fins d'établir la responsabilité des médecins en cause et, le cas échéant, d'obtenir l'application de toute sanction civile appropriée, tels le versement de dommages-intérêts et la publication de l'arrêt. Des mesures disciplinaires peuvent également être envisagées » (*Calvelli et Ciglio* précité, § 51; *Lazzarini et Ghiacci c. Italie* (déc.), n° 53749/00, 7 novembre 2002; voir également l'arrêt *Mastromatteo c. Italie* [GC], n° 37703/97, § 90, CEDH 2002-VIII).

91. En l'espèce, en plus de la poursuite du médecin pour blessures involontaires sur la personne de la requérante qui se solda certes par l'amnésie de la contravention, dont la requérante ne se plaint pas, celle-ci disposait de la possibilité d'engager une action en responsabilité contre l'administration à raison de la faute alléguée du médecin hospitalier (voir *Kress c. France* [GC], n° 39594/98, §§ 14 et suivants, CEDH 2001-VI). Par ce moyen, la requérante aurait eu droit à une audience contradictoire sur le fond de ses allégations de faute (*Powell*, décision précitée, p. 459) et à obtenir, le cas échéant, réparation de son préjudice. Une demande d'indemnisation au juge administratif avait des chances sérieuses de succès et la requérante aurait pu obtenir la condamnation du centre hospitalier au versement de dommages-intérêts. Cela résulte du constat clair auquel avaient abouti les expertises judiciaires (paragraphe 16 ci-dessus) en 1992, soit avant que l'action ne soit prescrite, sur le dysfonctionnement du service hospitalier en cause et la négligence grave du médecin, laquelle selon la cour d'appel (paragraphe 21 ci-dessus) ne traduisait cependant pas une méconnaissance totale des principes les plus élémentaires et des devoirs de sa mission qui l'aurait rendue détachable du service.

92. L'argument de la prescription de l'action en responsabilité administrative invoqué par la requérante ne saurait prospérer aux yeux de la Cour. A cet égard, elle rappelle sa jurisprudence selon laquelle le « droit à un tribunal », dont le droit d'accès constitue un aspect particulier, n'est

pas absolu et se prête à des limitations implicitement admises, notamment quant aux conditions de recevabilité d'un recours, car il appelle de par sa nature même une réglementation par l'Etat, lequel jouit à cet égard d'une certaine marge d'appréciation (voir, parmi d'autres, l'arrêt *Brualla Gómez de la Torre c. Espagne* du 19 décembre 1997, *Recueil* 1997-VIII, p. 2955, § 33). Parmi ces restrictions légitimes, figurent les délais légaux de prescription qui, selon la Cour, dans les affaires d'atteinte à l'intégrité de la personne, ont « plusieurs finalités importantes, à savoir garantir la sécurité juridique en fixant un terme aux actions, mettre les défendeurs potentiels à l'abri de plaintes tardives peut-être difficiles à contrer, et empêcher l'injustice qui pourrait se produire si les tribunaux étaient appelés à se prononcer sur des événements survenus loin dans le passé à partir d'éléments de preuve auxquels on ne pourrait plus ajouter foi et qui seraient incomplets en raison du temps écoulé » (*Stubbings et autres c. Royaume-Uni*, arrêt du 22 octobre 1996, *Recueil* 1996-IV, pp. 1502-1503, § 51).

93. En l'espèce, un délai de prescription de quatre ans ne lui semble pas, en tant que tel, excessivement court et ce d'autant plus ici, vu la gravité du dommage ressenti par la requérante et sa volonté immédiate de poursuivre le médecin. Cependant, il ressort du dossier que le choix de la requérante se porta délibérément vers la juridiction pénale sans qu'elle fût, semble-t-il, jamais éclairée sur la possibilité de saisir la juridiction administrative. Certes, le législateur a étendu récemment ce délai à dix ans dans le cadre de la loi du 4 mars 2002 (paragraphe 28 ci-dessus). Il l'a fait dans le but d'unifier les délais de prescription des actions en réparation quelle que soit la juridiction compétente, administrative ou judiciaire. Cela permet de tenir compte de l'évolution générale d'un système de plus en plus favorable aux victimes de fautes médicales dont la voie administrative apparaît à même de répondre au souci d'équilibre entre la prise en considération du dommage qu'il faut réparer et la « judiciarisation » à outrance des responsabilités pesant sur le corps médical. La Cour n'estime cependant pas que cette nouvelle réglementation puisse faire regarder l'ancien délai de quatre ans comme trop bref.

94. En conclusion, la Cour dit que, dans les circonstances de l'espèce, l'action en responsabilité pouvait passer pour un recours efficace à la disposition de la requérante. Ce recours, qu'elle n'a pas en l'occurrence engagé auprès des juridictions administratives, aurait permis d'établir la faute médicale dont elle se plaignait et de garantir dans l'ensemble la réparation du dommage causé par la faute du médecin, et les poursuites pénales ne s'imposaient donc pas en l'espèce.

95. Partant, à supposer même que l'article 2 de la Convention trouve application en l'espèce (paragraphe 85 ci-dessus), la Cour conclut qu'il n'y a pas eu violation de l'article 2 de la Convention.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Joint au fond*, à l'unanimité, les exceptions du Gouvernement tirées de l'incompatibilité *ratione materiae* de la requête avec les dispositions de la Convention et du défaut d'épuisement des voies de recours internes et les *rejette* ;
2. *Déclare*, à l'unanimité, la requête recevable ;
3. *Dit*, par quatorze voix contre trois, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 2 de la Convention.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des Droits de l'Homme, à Strasbourg, le 8 juillet 2004.

Luzius WILDHABER
Président

Paul MAHONEY
Greffier

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

- opinion séparée de M. Rozakis, à laquelle se joignent M. Callisch, M. Fischbach, M. Lorenzen et M^{me} Thomassen ;
- opinion séparée de M. Costa, à laquelle se rallie M. Traja ;
- opinion dissidente de M. Ress ;
- opinion dissidente de M^{me} Mularoni, à laquelle déclare se rallier M^{me} Strážnická.

L.W.
P.J.M.

OPINION SÉPARÉE DE M. LE JUGE ROZAKIS,
À LAQUELLE SE JOIGNENT M. CAFLISCH,
M. FISCHBACH, M. LORENZEN ET M^{me} THOMASSEN,
JUGES

(Traduction)

J'ai voté avec la majorité pour le constat de non-violation de l'article 2 de la Convention en l'espèce. Etant donné toutefois que ma démarche diffère à certains égards de celle adoptée par la Grande Chambre, j'ai souhaité joindre à l'arrêt la présente opinion séparée, qui expose les points sur lesquels mon appréciation du droit s'écarte de celle de la majorité.

La Cour souligne à juste titre qu'il ressort d'un aperçu du droit interne français que la nature et le statut juridique de l'embryon et/ou du fœtus ne sont pas définis actuellement en France et que la façon d'assurer leur protection dépend de positions fort variées au sein de la société française (paragraphe 83 *in fine* de l'arrêt). Elle observe également – il s'agit là pour elle d'un argument de poids – que la question de la nature et du statut de l'embryon et/ou du fœtus ne fait pas l'objet d'un consensus au plan européen : « Tout au plus peut-on trouver comme dénominateur commun aux Etats l'appartenance à l'espèce humaine ; c'est la potentialité de cet être et sa capacité à devenir une personne, laquelle est d'ailleurs protégée par le droit civil dans bon nombre d'Etats comme en France, en matière de succession ou de libéralités, mais aussi au Royaume-Uni (...), qui doivent être protégées au nom de la dignité humaine sans pour autant en faire une « personne » qui aurait un « droit à la vie » au sens de l'article 2 » (paragraphe 84 de l'arrêt).

Malgré ces constats, auxquels je souscris volontiers, la Cour refuse de tirer la conclusion qui s'impose, à savoir qu'au stade actuel de l'évolution de la science, du droit et de la morale, tant en France qu'en Europe, le droit à la vie de l'enfant à naître n'est pas encore garanti. Même si l'on admet que la vie commence avant la naissance, cela ne revient pas à conférer automatiquement et inconditionnellement à cette forme de vie humaine un droit à la vie équivalent au droit correspondant d'un enfant après la naissance. Cela ne signifie pas que la société n'offre aucune protection à l'enfant à naître : ainsi qu'en attestent la législation applicable dans les Etats européens et les accords et autres documents européens pertinents, la vie de l'enfant à naître est déjà considérée comme devant être protégée. Mais d'après mon interprétation des instruments juridiques pertinents, cette protection, tout en étant conférée à un être regardé comme en étant digne, est, comme je viens de le dire, différente

de celle qui est accordée à un enfant après la naissance, et bien moins ample. Il apparaît donc qu'au stade actuel de l'évolution du droit et de la morale en Europe la vie de l'enfant à naître, bien que protégée dans certains de ses aspects, ne peut être assimilée à la vie post-natale et, dès lors, ne bénéficie pas d'un droit, au sens du «droit à la vie» que protège l'article 2 de la Convention. Partant, il se pose un problème d'applicabilité de l'article 2 dans les circonstances de l'espèce.

Au lieu de parvenir à cette conclusion inévitable, dictée par le raisonnement même de l'arrêt, la majorité de la Grande Chambre opte pour une position neutre en déclarant: «la Cour est convaincue qu'il n'est ni souhaitable ni même possible actuellement de répondre dans l'abstrait à la question de savoir si l'enfant à naître est une «personne» au sens de l'article 2 de la Convention» (paragraphe 85 de l'arrêt).

Un autre aspect me paraît problématique dans le raisonnement de la majorité: malgré ses doutes manifestes ou, en tout cas, son hésitation à admettre l'applicabilité de l'article 2 en l'espèce, elle abandonne finalement sa position neutre et fonde son constat de non-violation sur l'argument selon lequel les exigences procédurales inhérentes à la protection de l'article 2 de la Convention ont été satisfaites dans la présente affaire. En employant la formule «à supposer même» relativement à l'applicabilité de l'article 2 et en liant la vie du fœtus à celle de la mère («la vie du fœtus était intimement liée à celle de sa mère et sa protection pouvait se faire au travers d'elle (...)» – paragraphe 86 de l'arrêt), la majorité fait subrepticement passer l'aspect matériel de l'article 2 de la Convention au premier plan de l'affaire. On peut, me semble-t-il, légitimement interpréter de cette façon la position de la majorité, surtout si l'on tient compte, d'une part, de ce que l'examen du respect des garanties procédurales de l'article 2 pour déterminer s'il y a eu ou non violation présuppose l'applicabilité apparente de cette disposition (et le recours à la formule «à supposer même» ne change rien au problème si, en fin de compte, le seul vrai motif sous-jacent aux conclusions de la Cour réside dans l'hypothèse introduite par la formule) et, d'autre part, de ce que les faits de la cause ne font pas apparaître la moindre menace pour le droit à la vie de la mère justifiant de faire jouer les garanties procédurales de l'article 2 de la Convention.

Pour les motifs exposés ci-dessus, je ne puis suivre le raisonnement de la majorité et conclus qu'eu égard à l'état actuel des choses l'article 2 est inapplicable en l'espèce.

OPINION SÉPARÉE DE M. LE JUGE COSTA, À LAQUELLE SE RALLIE M. LE JUGE TRAJA

1. Dans cette affaire où une grossesse de presque six mois a été interrompue contre la volonté de la femme portant l'enfant à naître, par suite d'une faute commise par un médecin, notre Cour a conclu que l'article 2 de la Convention n'a pas été violé.

2. Le raisonnement de l'arrêt est cependant prudent : il n'est pas nécessaire, dit-on, de trancher la question de l'applicabilité de cet article car, à le supposer applicable, dans les circonstances de l'espèce il n'a pas été méconnu.

3. J'ai voté en faveur de la non-violation de l'article 2, mais j'aurais préféré que l'on dit que l'article 2 s'appliquait, même si cela ne va pas de soi. Comme je vais essayer de l'expliquer, une telle position eût peut-être été plus claire, et elle n'aurait guère d'inconvénients à mes yeux, du point de vue de la portée de l'arrêt.

4. Il me semble d'abord que la Cour *collégalement* – et je pense qu'elle a réussi avec cet arrêt à éviter ce piège – n'a pas à se placer sur un plan principalement éthique ou philosophique. Elle doit s'efforcer de rester sur le terrain qui est le sien, le terrain juridique, même si le droit n'est pas désincarné et n'est pas une substance chimiquement pure, indépendante de considérations morales ou sociétales. Les opinions individuelles des juges, qu'ils les exposent ou non, comme ils en ont le droit (mais non l'obligation) en vertu de l'article 45 de la Convention, ne sont pas tenues à mon avis à la même contrainte. La présente affaire touche de près à des convictions personnelles profondes, et j'ai cru quant à moi nécessaire, et peut-être utile, de faire part de ma position ; celle-ci, on l'a déjà compris, est un peu différente de celle qu'a adoptée la majorité.

5. Sur le plan éthique, la façon la plus naturelle d'essayer d'interpréter l'article 2 de la Convention (« le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi », en langue anglaise, « *everyone's right to life shall be protected by law* ») est de se demander ce qu'est une personne (ou « *everyone* ») et quand commence la vie. Or il est très difficile, sur ce plan, d'avoir une réponse unanime ou commune, l'éthique étant par trop dépendante de l'idéologie de chacun. En France, le Comité consultatif national, qui mène depuis vingt ans de remarquables travaux, et qui a consacré de nombreux avis à l'embryon humain (il préfère en général parler d'embryon, à n'importe quel stade, que de fœtus), n'a pas pu trancher définitivement ces questions. C'est normal, notamment à raison de sa composition, qui a été voulue pluraliste par le président Mitterrand lorsqu'il a créé le comité. Dire que « l'embryon doit être *reconnu comme* une personne humaine *potentielle* » (premier avis du comité en 1984, confirmé par la suite) ne

résout pas le problème, car un être reconnu comme potentiel n'est pas nécessairement un être, et peut-être, *a contrario*, n'en est pas un. Quant à la vie, et donc à son commencement, chacun s'en fait sa propre conception (voir l'avis n° 5 du comité, de 1985). On pourrait seulement déduire de cette position qu'il y a peut-être un droit d'une personne potentielle à une vie potentielle, mais de la potentialité à l'effectivité il y a, pour le juriste, un pas important.

6. Ce qui est vrai pour les instances éthiques d'un Etat comme l'Etat défendeur est vrai aussi au plan international. L'arrêt rappelle à juste titre que la Convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine (élaborée dans le cadre du Conseil de l'Europe et signée en 1997) ne définit pas ce qu'est une personne. On peut ajouter que la Convention d'Oviedo ne donne pas davantage une définition de l'être humain, dont elle consacre pourtant la dignité, l'identité, la primauté, l'intérêt, le bien. Et elle ne parle pas des débuts de la vie.

7. Que l'éthique soit impuissante en l'état actuel à dégager un consensus sur les termes de personne et de droit à la vie, cela empêche-t-il que le droit les définisse? Je ne le pense pas. Le travail du juriste, en particulier du juge, et singulièrement d'un juge des droits de l'homme, implique de dégager des *notions* – notions autonomes s'il le faut, notre Cour ne s'en est jamais privée – qui correspondent à des mots ou expressions figurant dans le texte de référence (pour elle, la Convention et ses Protocoles). Ce que la Cour, dès le début, a fait pour les «droits et obligations de caractère civil», la «matière pénale», le «tribunal», pourquoi ne le ferait-elle pas pour la «personne» ou le «droit à la vie» (que la Convention européenne des Droits de l'Homme ne définit pas), même s'il s'agit de concepts philosophiques et non techniques?

8. Et d'ailleurs, dans le domaine de l'article 2, elle l'a déjà fait, au moins pour le droit à la vie. Par exemple en imposant aux Etats des obligations positives de protection de la vie humaine. Ou bien en considérant que, dans des circonstances exceptionnelles, des actes potentiellement meurtriers de la part d'agents de l'Etat peuvent conduire au constat de violation de l'article 2. La jurisprudence a donc étendu, sinon la notion de vie, du moins celles de droit à la vie ou d'atteinte à la vie.

9. Par contre, on ne peut pas, je crois, s'en tirer par l'échappatoire commode selon laquelle M^{me} Vo, qui est une personne, avait un droit à la vie (de son enfant à naître). Il est vrai que la jurisprudence a élargi la notion de *victime*, par exemple en admettant qu'un neveu est recevable à alléguer que l'article 2 a été violé à raison du meurtre de son oncle (arrêt *Yaşa c. Turquie* du 2 septembre 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VI). Mais ici il s'agit du droit invoqué à la vie d'un enfant non né, et ce type de précédents ne peut s'appliquer au cas de la requérante que si on admet que l'enfant non né a lui-même un droit à la vie : pour qu'elle soit victime

au sens de l'article 34 de la Convention, encore faut-il que M^{me} Vo le soit de la violation d'un droit reconnu par celle-ci, *quod est demonstrandum*.

10. Il me semble précisément que la Commission et la Cour se sont déjà placées dans l'hypothèse où l'article 2 est applicable à l'enfant à naître (sans avoir affirmé pour autant que l'enfant à naître *est* une personne). Elles ont en effet conclu, à plusieurs reprises, que, même si elles n'avaient pas à trancher cette question d'applicabilité, il n'y avait de toute façon pas en l'espèce de violation de l'article 2, par exemple dans un cas d'interruption de grossesse conforme à la loi, «celle-ci ménageant un juste équilibre entre les intérêts de la femme et la nécessité d'assurer la *protection* du fœtus» (voir la décision *Boso c. Italie*, n° 50490/99, CEDH 2002-VII, citée dans l'arrêt, mais aussi, en des termes moins nets, la décision de la Commission du 19 mai 1992 dans l'affaire, également citée, *H. c. Norvège*, n° 17004/90, Décisions et rapports 73). Si l'article 2 avait été jugé radicalement inapplicable, il aurait été inutile – et c'est vrai aussi en l'espèce – de se poser la question de la protection du fœtus et de la violation de l'article 2; et de motiver de cette façon la non-violation de cette disposition.

11. On peut se tourner vers le droit de l'Etat défendeur, non qu'il soit un modèle à imposer aux autres, mais parce qu'il est directement en cause dans la présente affaire. Or le Conseil d'Etat, dès 1990, a jugé que la loi française relative à l'interruption volontaire de grossesse (IVG) (que le Conseil constitutionnel, par sa décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, avait déclarée non contraire à la Constitution, tout en considérant qu'il ne lui appartenait pas d'examiner sa conformité à la Convention) n'était pas incompatible avec l'article 2 de la Convention, pas plus qu'avec l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (qui stipule: «Le droit à la vie est inhérent à la personne humaine. Ce droit doit être protégé par la loi...»); surtout, le Conseil d'Etat a ainsi admis sans ambiguïté, fût-ce de façon implicite, que cette loi entraînait dans le champ d'application de l'article 2 (voir sa décision du 21 décembre 1990, Confédération nationale des associations familiales catholiques, publiée au Recueil, p. 369, avec les conclusions de Bernard Stirn, qui l'éclairent).

12. Soit dit en passant, cette jurisprudence, qui émane de la plus haute juridiction administrative française, montre bien, me semble-t-il, qu'une décision de notre Cour affirmant sans ambages que la «fin de vie» d'un enfant à naître ressortit au champ de l'article 2 de la Convention ne menacerait en rien, au moins dans leur principe, les législations nationales qui, dans de très nombreux pays d'Europe, admettent, sous certaines conditions bien entendu, la licéité de l'interruption volontaire de grossesse. Dans de nombreux Etats européens, ces législations ont d'ailleurs été jugées conformes à la Constitution nationale, voire à l'article 2 de la Convention. C'est ainsi ce qu'a jugé en 1983 la Cour suprême de Norvège. La Cour constitutionnelle fédérale allemande et le Tribunal constitutionnel

espagnol ont également admis que le droit à la vie, tel qu'il est protégé par l'article 2 de la Convention, peut s'appliquer à l'embryon ou au fœtus (la question de savoir si c'est un droit *absolu* étant différente). Voilà donc des exemples de hautes juridictions pour lesquelles le droit à la vie, qu'il soit énoncé par la Convention européenne des Droits de l'Homme en son article 2 ou qu'il résulte de principes constitutionnels nationaux ayant le même contenu et la même portée, *s'applique* au fœtus, sans être pour autant un droit absolu. Pourquoi notre Cour devrait-elle être plus timide, elle qui revendique le rôle d'une cour constitutionnelle dans l'ordre européen des droits de l'homme ?

13. Evidemment, en affirmant l'applicabilité de l'article 2, à la lettre ou en substance, on est conduit à se poser en *toute hypothèse* (et non comme avec le présent arrêt seulement dans le cas d'espèce) la question de son respect ou de sa méconnaissance. Mais, là encore, cela ne devrait pas effrayer notre Cour. Dans la décision *Boso* précitée, elle a mesuré la loi critiquée à l'aune du « juste équilibre ». Cela veut bien dire qu'elle serait parvenue à une conclusion opposée si l'application d'une législation autre lui était apparue comme ne ménageant pas un équilibre juste entre la protection du fœtus et les intérêts de sa mère. Potentiellement, elle contrôle donc le respect de l'article 2 dans tous les cas où la « vie » du fœtus est atteinte.

14. De même on pourra observer que l'article 2 étant non dérogeable au sens de l'article 15 de la Convention il serait saugrenu que la Cour admît qu'il n'est pas absolu; ou qu'il pût souffrir des limitations implicites en dehors des cas limitativement énoncés au second alinéa de l'article 2. Cela militerait en faveur d'une inapplicabilité de cet article au cas de l'enfant à naître (cas qui n'est nullement envisagé au second alinéa). Mais je ne suis pas convaincu par ce double argument. La non-dérogeabilité interdit seulement aux Etats parties, qui peuvent en vertu de l'article 15 se prévaloir d'un état de guerre ou d'un autre danger public menaçant la vie de la nation pour prendre des mesures dérogeant à la Convention, de méconnaître dans ce cas l'article 2: mais l'hypothèse de l'atteinte portée à l'enfant à naître n'a à l'évidence rien à voir avec ce type de situations, et de circonstances exceptionnelles. Plus troublant sur le plan logique est le raisonnement fondé sur la lettre même de l'article 2. Mais, outre que la Cour a déjà franchi le pas (sans conteste, par sa décision *Boso*), on ne peut pas déduire avec certitude de cette lettre qu'elle prohibe clairement toute interruption de grossesse volontaire, ne serait-ce que parce que plusieurs Etats contractants ont ratifié sans problèmes apparents la Convention alors que leurs législations admettaient déjà, dans certains cas, une telle interruption. A plus forte raison faut-il tenir compte, dans le cadre d'une interprétation évolutive de l'article 2, du grand nombre de pays européens qui, dans les années 70, ont adopté des lois tolérant l'IVG tout en l'encadrant strictement.

15. Sur le plan des effets potentiels de l'applicabilité de l'article 2, on pourra peut-être objecter à l'inverse que la présente hypothèse se distingue de l'IVG, et qu'une atteinte fatale au fœtus résultant d'une faute médicale, ou de toute autre négligence ou imprudence, est différente d'une cessation de la grossesse voulue par la mère elle-même, placée dans une situation de détresse. Autrement dit, ceux et celles qui, au nom de la liberté de la femme, défendent le principe de l'IVG pourraient craindre que la reconnaissance de l'applicabilité de l'article 2 ne menace indirectement ces législations. Il est exact que l'« amendement Garraud » mentionné dans l'arrêt, finalement retiré du débat au Parlement, a suscité en France une vive opposition, en particulier (mais pas seulement) de la part des partisans de la loi sur l'IVG, justement pour cette raison (car il visait à instituer un délit d'interruption involontaire de grossesse).

16. Mais je ne crois pas que ces craintes soient légitimement justifiées, ne serait-ce que parce que, précisément, une femme qui perd son enfant à naître contre sa volonté et contre ses espérances de maternité est dans une situation radicalement différente de celle qui se résigne – fût-ce, pour elle aussi, dans la souffrance et dans le deuil – à demander que l'on mette fin à sa grossesse. De toute façon, ce n'est pas une décision juridique (l'applicabilité, ou non, de l'article 2 de la Convention) qui résoudra les controverses éthiques, et encore moins qui justifiera des choix politiques de société. En outre, dans la mesure où l'arrêt *Vo c. France* n'exige pas – et je suis d'accord – une protection *pénale* contre le risque de perte du fœtus, il ne plaide pas, en tout état de cause, en faveur de la pénalisation de l'interruption involontaire de grossesse.

17. Bref, je ne vois aucune raison convaincante en droit, ni aucune considération décisive d'opportunité, qui puisse me conduire à penser que l'article 2, ici, devrait ne pas s'appliquer. Sur un plan général, je crois (comme plusieurs hautes juridictions en Europe) qu'il y a bien une vie avant la naissance, au sens de l'article 2, que la loi doit donc la protéger, et que si le législateur national considère que cette protection ne peut pas être absolue, il ne peut y déroger, particulièrement en cas d'interruption volontaire de grossesse, qu'en encadrant cette dérogation et en lui donnant une portée restrictive. Quant au cas concret de M^{me} Vo, les circonstances militent *a fortiori* en faveur de l'applicabilité de l'article 2, puisque la grossesse était de six mois (faut-il rappeler – à titre purement indicatif – qu'aux yeux de la Cour constitutionnelle fédérale allemande la vie commence au bout de quatorze jours de gestation?), que le fœtus avait de fortes chances de naître viable et qu'enfin c'est manifestement une faute qui a mis fin à la grossesse, contre la volonté de la requérante.

18. Je n'ai rien d'autre à dire, car pour ce qui est de la non-violation de l'article 2, l'arrêt, avec quelques nuances mineures, exprime une opinion que je partage.

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE RESS

1. L'obligation positive de la France de protéger la vie des enfants à naître contre des homicides involontaires, c'est-à-dire des actions par négligence qui peuvent causer la mort de l'enfant, ne sera remplie que s'il y a dans le droit français des procédures effectives permettant de prévenir la répétition de telles négligences. Sur ce point je ne peux pas suivre la majorité selon laquelle une seule action en responsabilité administrative devant le juge administratif (faute alléguée du médecin hospitalier) offre une protection effective et suffisante à l'enfant à naître contre des négligences médicales. Comme cela a été souligné dans l'opinion partiellement dissidente des juges Rozakis, Bonello et Stráznická dans l'affaire *Calvelli et Ciglio c. Italie* ([GC], n° 32967/96, CEDH 2002-I), des actions pour dommages matériels et même moraux ne correspondent pas dans toutes les circonstances aux intérêts de protection de la vie dans l'hypothèse d'une atteinte involontaire, surtout, comme en l'espèce, dans le cas d'une mère qui a perdu son enfant à cause de la négligence d'un médecin. Même si j'ai admis le résultat dans l'affaire *Calvelli et Ciglio*, qui reposait sur le fait que les requérants avaient accepté une indemnité par un règlement amiable, il y avait là quand même une procédure pénale qui ne fut pas continuée en raison de la prescription du délit.

Ce n'est pas une question de vengeance qui fait penser à la protection pénale, mais plutôt la question de la prévention. C'est en général par le droit pénal que la société met en garde de la façon la plus explicite et stricte les membres de la société et qu'elle souligne les valeurs à protéger principalement. La vie, qui est une des valeurs sinon la valeur principale de la Convention (*Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* [GC], n° 34044/96, 35532/97 et 44801/98, §§ 92-94, CEDH 2001-II, et *McCann et autres c. Royaume-Uni*, arrêt du 27 septembre 1995, série A n° 324, pp. 45-46, § 147), demande en principe une protection pénale pour être suffisamment assurée et protégée. Des responsabilités pécuniaires par la voie de l'indemnisation n'entrent qu'en deuxième ligne dans cette échelle de protection. En outre, les hôpitaux et les médecins sont normalement assurés contre de tels risques, ce qui diminue encore plus la «pression» sur eux.

2. On pourrait penser qu'une sanction disciplinaire contre un médecin peut être considérée comme équivalant à une sanction pénale dans certaines situations. Des mesures disciplinaires ont été envisagées comme une autre solution pour prévenir ces négligences dans l'affaire *Calvelli et Ciglio* (arrêt précité, § 51). Mais il est également clair qu'une sanction disciplinaire, aussi pénible qu'elle puisse être sur le plan professionnel, n'équivaut pas à une dévalorisation générale (*Unwvertteil*). Elle est sou-

mise à des conditions tout à fait spécifiques de la profession (contrôle interne professionnel) et ne remplit pas en général les conditions de la prévention nécessaire pour une valeur aussi importante que la vie. Néanmoins, on doit se demander si dans la présente affaire une sanction disciplinaire pour une faute aussi grave aurait pu se révéler suffisante pour cette prévention. Car justement le problème est là, parce que les autorités n'ont jamais introduit une telle procédure disciplinaire contre le médecin. Pour une faute aussi grave que celle du docteur G., au moins une telle procédure disciplinaire avec une mesure adéquate aurait pu donner au corps médical le signal voulu pour prévenir la répétition de tels événements tragiques. Il ne me semble pas nécessaire de dire qu'il faut une loi pénale en France. Mais il faut en tout cas une pratique disciplinaire stricte afin de remplir les exigences d'une protection effective de la vie des enfants à naître. A mon avis il n'y avait donc pas une protection effective.

3. Pour arriver à cette conclusion il me semble devoir constater que l'article 2 s'applique à la vie de l'enfant à naître. Je suis disposé à accepter qu'il y a des différences admissibles du niveau de protection entre l'embryon et l'enfant né. Mais cela ne mène néanmoins pas à la conclusion (voir le paragraphe 85 de l'arrêt) qu'il n'est pas possible de répondre *in abstracto* à la question de savoir si l'embryon à naître est une personne aux fins de l'article 2 de la Convention. Toute la jurisprudence de la Cour comme les décisions de la Commission (voir les paragraphes 75-80) reposent sur un argument «supposant que» (*in eventus*). Désormais, ce n'est plus une question d'économie de procédure qui nécessite d'éviter une réponse claire. En plus, le problème de la protection de l'embryon dans le cadre de la Convention ne peut pas être résolu seulement à travers la protection de la vie de la mère. L'embryon et la mère étant deux «êtres humains» différents, comme le montre cette affaire, ils ont besoin d'être protégés chacun séparément.

4. La Convention de Vienne sur le droit des traités (article 31 § 1) demande de prendre comme base d'interprétation le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans le contexte et à la lumière de son objet et de son but. Le sens ordinaire ne peut être compris que dans l'ensemble du texte. La notion de «toute personne» (*everyone*) a été perçue dans l'histoire juridique comme englobant aussi l'être humain dans la phase antérieure à la naissance et, surtout, la notion de «vie» s'étend à toute vie humaine qui commence avec la conception, c'est-à-dire avec le moment où se développe une *existence indépendante*, et qui finit avec la mort, la naissance n'étant qu'une étape de ce développement.

La structure de l'article 2 et, en particulier, les exceptions du second paragraphe semblent indiquer que seules les personnes déjà nées sont visées et qu'en plus seules ces personnes peuvent être considérées comme porteuses des droits de la Convention. Dans le «but» de la

Convention d'assurer une protection étendue, une telle argumentation ne semble pas contraignante. D'abord le fœtus peut être visé comme objet de protection, surtout dans le cadre de l'article 8 § 2 (voir l'arrêt *Odièvre c. France* [GC], n° 42326/98, § 45, CEDH 2003-III). En plus, la pratique de la Commission et de la Cour contient des indications selon lesquelles l'article 2 est applicable à l'enfant à naître. Dans toutes les affaires où cette question a été tranchée, la Commission et la Cour ont développé une conception de limitation implicite ou de juste équilibre entre les intérêts de la société et ceux de l'individu, soit de la mère soit de l'enfant à naître. Certes, ces considérations ont été dégagées en relation avec des réglementations concernant l'interruption volontaire de grossesse et non l'interruption involontaire. Mais il est clair que toutes ces considérations n'auraient pas été nécessaires si les organes de la Convention avaient dès le début été d'avis que l'article 2 ne pourrait pas s'appliquer à l'enfant à naître. Même si formellement la Commission et la Cour ont laissé la question ouverte, un tel édifice juridique prouve que les deux institutions étaient enclines à suivre le sens ordinaire de la «vie humaine» et aussi de «toute personne» plutôt que l'autre sens.

De même, la pratique des Etats contractants, qui ont eu quasiment tous des problèmes constitutionnels avec leur réglementation de l'avortement, c'est-à-dire de l'interruption volontaire de grossesse, montre bien que la protection de la vie humaine s'étend en principe aussi au fœtus. Les règles spécifiques pour l'avortement volontaire n'auraient pas été nécessaires si le fœtus n'avait pas eu de vie à protéger et était soumis complètement jusqu'à la naissance à la volonté illimitée de la femme enceinte. Presque tous les Etats contractants ont eu des problèmes parce que, en principe, d'après leur droit constitutionnel la protection de la vie s'étend aussi à la phase antérieure à la naissance.

5. Il est évident que les discussions sur la protection génétique dans plusieurs des conventions récentes et aussi l'interdiction du clonage reproductif des «êtres humains» dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (article 3 § 2, dernier alinéa) partent de l'idée que la protection de la vie s'étend à l'être humain dans sa phase initiale. La Convention, conçue comme un instrument vivant qui doit être interprété selon les conditions actuelles de la société, doit prendre en considération un tel développement qui ne peut que confirmer le sens ordinaire d'après l'article 32 de la Convention de Vienne.

Même si on suppose que le sens ordinaire de la «vie humaine» dans l'article 2 de la Convention n'est pas tout à fait clair et se prête à des interprétations divergentes, les exigences de protection de la vie humaine demandent une protection plus étendue surtout en vue des moyens de manipulation génétique et de la production illimitée d'embryons pour des buts divers. L'interprétation de l'article 2 doit évoluer selon ces développements et exigences et permettre de répondre aux

vrais dangers actuels pour la vie humaine. Une limite d'une telle interprétation dynamique doit prendre en considération la relation entre la vie née et la vie pas encore née, c'est-à-dire qu'il ne serait pas admissible de protéger le fœtus au détriment de sa mère.

6. Le fait que plusieurs articles de la Convention contiennent des garanties qui par leur nature ne peuvent s'étendre qu'à des personnes déjà nées n'est pas un argument susceptible de mettre en cause ce résultat. En effet, si le champ d'application de ces articles par leur nature ne peut s'étendre qu'à des personnes physiques ou morales, ou à des personnes physiques déjà nées ou adultes, il n'est pas exclu que d'autres dispositions comme la première phrase de l'article 2 ne puissent pas inclure une protection de la vie dans la phase initiale de l'être humain.

7. Il faut souligner que la présente affaire n'a rien à voir avec la réglementation de l'interruption volontaire de grossesse. Il s'agit là d'une autre question qui se distingue fondamentalement de toutes les ingérences contre la volonté de la mère dans la vie et le bien-être de son enfant. Notre affaire concerne des infractions commises par des tiers contre la vie du fœtus, sinon celle de la mère, tandis que l'avortement volontaire concerne uniquement les relations entre l'enfant et la mère et la question de la protection des deux par l'Etat. L'applicabilité de l'article 2 à la vie humaine avant la naissance peut, certes, avoir des répercussions sur la réglementation de l'interruption volontaire de grossesse, mais ces conséquences ne donnent pas un argument contre l'applicabilité de l'article 2. Au contraire.

En plus, il n'est pas nécessaire dans cette affaire de statuer sur la question de savoir quand la vie commence. On a constaté que le fœtus de la vingt et unième semaine était viable, bien que je croie que la notion de la viabilité ne peut pas limiter l'obligation positive de l'Etat de protéger l'enfant à naître contre les ingérences et les négligences des médecins.

8. Il ne peut pas exister une marge d'appréciation pour répondre à la question de savoir si l'article 2 est applicable. Une certaine latitude est à mon avis possible dans le cadre des mesures prises pour remplir l'obligation positive découlant de l'applicabilité de l'article 2, mais on ne peut pas restreindre l'applicabilité de cet article par référence à une marge d'appréciation. La question de l'interprétation ou de l'applicabilité de l'article 2 (droit absolu) ne peut pas dépendre d'une marge d'appréciation. S'il est applicable, seule la conséquence peut être régie par une telle marge.

9. Etant donné que l'article 2 est applicable à l'être humain dès avant sa naissance, interprétation qui me semble aussi conforme au développement de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et étant donné que la protection du fœtus contre des ingérences de tiers par négligence n'est pas suffisante en France, j'arrive à la conclusion qu'il y a eu violation de l'article 2 de la Convention. Quant aux mesures spécifiques

pour remplir cette obligation positive, il revient à l'Etat défendeur de les prendre, soit en adoptant des mesures disciplinaires strictes, soit en prévoyant une protection pénale (homicide involontaire).

OPINION DISSIDENTE DE M^{me} LA JUGE MULARONI,
À LAQUELLE DÉCLARE SE RALLIER
M^{me} LA JUGE STRÁŽNICKÁ

Je ne peux pas me rallier à la conclusion de la majorité, lorsqu'elle estime qu'il n'y a pas eu violation de l'article 2 de la Convention, la requérante ayant disposé de la possibilité d'engager une action en responsabilité contre l'administration à raison du fait imputé au médecin hospitalier (paragraphe 91 de l'arrêt). Faute pour elle d'avoir engagé une telle action, il n'y aurait donc pas eu violation de l'article 2.

Je suis d'accord avec la majorité quand elle soutient qu'il faut se demander «si la protection juridique offerte par la France à la requérante, par rapport à la perte de l'enfant à naître qu'elle portait, satisfaisait aux exigences procédurales inhérentes à l'article 2 de la Convention» (paragraphe 85 de l'arrêt) et quand elle rappelle que «la première phrase de l'article 2, qui se place parmi les articles primordiaux de la Convention en ce qu'il consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe (*McCann et autres c. Royaume-Uni*, arrêt du 27 septembre 1995, série A n° 324, pp. 45-46, § 147), impose à l'Etat non seulement de s'abstenir de donner la mort «intentionnellement», mais aussi de prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction (voir par exemple *L.C.B. c. Royaume-Uni*, arrêt du 9 juin 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-III, p. 1403, § 36)» (paragraphe 88 de l'arrêt).

Cependant, je parviens à des conclusions tout à fait différentes.

Je constate qu'en décembre 1991, date à laquelle la requérante et son compagnon portèrent plainte en se constituant partie civile pour blessures involontaires ayant entraîné une incapacité totale de travail de moins de trois mois commises sur l'intéressée et pour homicide commis sur son enfant, le Conseil d'Etat n'avait pas encore abandonné l'exigence d'une faute lourde pour engager la responsabilité du service hospitalier (paragraphe 57 de l'arrêt, observations du Gouvernement).

Certes, comme le relève la majorité, la requérante aurait pu essayer d'engager une action en responsabilité contre l'administration avant la prescription de celle-ci. Mais je me demande si la Cour n'exige pas trop de cette requérante, dans la mesure où la solution adoptée par la Cour de cassation dans son arrêt du 30 juin 1999, confirmée ensuite dans ses arrêts du 29 juin 2001 (assemblée plénière) et du 25 juin 2002 (paragraphe 29 de l'arrêt), était loin d'être acquise, comme en témoignent la jurisprudence en sens contraire des cours d'appel, la position des avocats généraux près la Cour de cassation et, enfin, la critique quasi unanime de la doctrine (paragraphe 31 de l'arrêt). La requérante a choisi la voie pénale en

invoquant les deux seuls articles susceptibles d'être invoqués, la possibilité d'obtenir gain de cause devant le juge administratif étant douteuse. Elle nous dit qu'elle a choisi cette voie car l'instruction pénale facilite la détermination des responsabilités (paragraphe 50 de l'arrêt). Une telle explication est tout à fait logique : c'est exactement ce que font le plus souvent les justiciables dans tous les pays qui offrent la possibilité de choisir entre la voie pénale et la voie civile ou administrative.

On pourrait soutenir que le système juridique français n'offrait à la requérante, quand les tristes faits se sont déroulés, aucune voie de recours « effective ».

Admettons néanmoins que la requérante disposait d'une option entre la voie pénale et la voie administrative. Étant entendu que la victime ne peut pas prétendre à une double indemnisation du dommage subi, il me semblerait disproportionné de reprocher à la requérante le fait de ne pas avoir simultanément engagé les deux recours. De surcroît, cela ne serait pas conforme à notre jurisprudence.

Selon la jurisprudence des organes de Strasbourg, lorsque le requérant a la possibilité de choisir entre plusieurs voies de recours, l'article 35 doit être appliqué d'une manière correspondant à la réalité de la situation de l'intéressé, afin de lui garantir une protection efficace des droits et libertés inscrits dans la Convention (*Allgemeine Gold- und Silberscheideanstalt A.G. c. Royaume-Uni*, n° 9118/80, décision de la Commission du 9 mars 1983, Décisions et rapports (DR) 32, p. 172). Le requérant doit avoir fait un usage normal des recours internes vraisemblablement efficaces et suffisants. Lorsqu'une voie de recours a été empruntée, l'usage d'une autre voie dont le but est pratiquement le même n'est pas exigé (*Wójcik c. Pologne*, n° 26757/95, décision de la Commission du 7 juillet 1997, DR 90-B, p. 28; *Günaydin c. Turquie* (déc.), n° 27526/95, 25 avril 2002; *Anagnostopoulos c. Grèce*, n° 54589/00, § 32, 3 avril 2003). Par ailleurs, le plaignant doit avoir uniquement utilisé les recours à la fois accessibles et adéquats, c'est-à-dire de nature à porter remède à ses griefs (*Airey c. Irlande*, arrêt du 9 octobre 1979, série A n° 32, p. 11, § 19; *Deweer c. Belgique*, arrêt du 27 février 1980, série A n° 35, p. 16, § 29).

Et je me permets de rappeler que, dans l'affaire *Anagnostopoulos* précitée, l'enjeu du litige était un montant de 15 000 drachmes (soit environ 44 euros), alors qu'il portait sur un enfant à naître dans la présente affaire.

La majorité se réfère souvent à l'arrêt *Calvelli et Ciglio c. Italie* ([GC], n° 32967/96, CEDH 2002-I). Dans cet arrêt, la Cour a dit que « si l'atteinte au droit à la vie ou à l'intégrité physique n'est pas volontaire, l'obligation positive découlant de l'article 2 de mettre en place un système judiciaire efficace n'exige pas nécessairement dans tous les cas un recours de nature pénale ». Elle a ajouté que « dans le contexte spécifique des négligences médicales, pareille obligation peut être remplie

aussi, par exemple, si le système juridique en question offre aux intéressés un recours devant les juridictions civiles, seul ou conjointement avec un recours devant les juridictions pénales, aux fins d'établir la responsabilité des médecins en cause et, le cas échéant, d'obtenir l'application de toute sanction civile appropriée, tels le versement des dommages-intérêts et la publication de l'arrêt. Des mesures disciplinaires peuvent également être envisagées» (§ 51).

J'estime que les différences entre les solutions offertes par les deux systèmes juridiques nationaux doivent l'emporter sur les similitudes. Dans l'affaire *Calvelli et Ciglio*, les requérants, respectivement père et mère d'un nouveau-né décédé deux jours après sa naissance, avaient entamé une action pénale qui prit fin avec la prescription du délit d'homicide par imprudence reproché au médecin accoucheur. Mais les requérants avaient pu citer ce dernier devant le tribunal civil après le jugement de condamnation du tribunal pénal de première instance intervenu sept ans après le décès du nouveau-né et, le procès civil pendant, ils avaient conclu un règlement avec les assureurs du médecin et de la clinique au titre du dommage subi. La Cour a reconnu que le système juridique italien prévoyait des moyens effectifs de protection des intérêts des requérants alternatifs à la voie pénale (arrêt précité, §§ 54-55), permettant ainsi à l'Etat défendeur de s'acquitter de ses obligations positives découlant de l'article 2 de la Convention, ce qui, à mon avis, n'est pas le cas dans cette affaire.

Je dois avouer que, si j'avais siégé dans l'affaire *Calvelli et Ciglio* précitée, j'aurais sans doute partagé l'opinion partiellement dissidente des juges Rozakis, Bonello et Strážnická. A supposer que j'eusse suivi la majorité, sa conclusion ne me paraît pas pour autant transposable en l'espèce. Dans l'affaire *Vo*, le délai de prescription de l'action devant le tribunal administratif, à l'époque de quatre ans à compter de la consolidation du dommage, était échu quand le procès pénal a pris fin. La requérante n'a obtenu aucune réparation pour le préjudice subi, y compris en ce qui concerne la contravention de blessures involontaires commises sur sa personne, cette infraction ayant été amnistiée par une loi du 3 août 1995.

J'en conclus que la protection juridique offerte par la France à la requérante, eu égard à la perte de l'enfant qu'elle portait, ne satisfaisait pas aux exigences procédurales inhérentes à l'article 2 de la Convention.

Il est évident que, n'acceptant pas le raisonnement de la majorité qui considère que l'article 2 n'a pas été violé pour une raison procédurale et qu'il n'est donc pas nécessaire de dire si cet article est applicable, je dois expliquer le raisonnement qui me conduit à estimer que l'article 2 est applicable et qu'il a été violé.

Jusqu'à présent, si les organes de la Convention ont évité de trancher la question de l'applicabilité ou non de l'article 2 aux enfants à naître (voir les paragraphes 75-80 de l'arrêt), ils n'ont pas exclu que le fœtus puisse

bénéficiaire d'une certaine protection au regard de la première phrase de l'article 2 (*H. c. Norvège*, n° 17004/90, décision de la Commission du 19 mai 1992, DR 73, p. 181 ; *Boso c. Italie* (déc.), n° 50490/99, CEDH 2002-VII).

En premier lieu, il convient de se rappeler que le travail des juges, au niveau national ou international, n'est pas toujours facile, surtout quand les interprétations possibles des textes peuvent aller dans deux sens opposés.

Les travaux préparatoires de la Convention sont muets quant à l'étendue des termes « personnes » et « vie » et quant à l'applicabilité de l'article 2 avant la naissance.

Or je constate que, depuis les années 50, les progrès de la science, de la biologie et de la médecine ont été considérables, y compris en ce qui concerne la phase antérieure à la naissance.

De son côté, la communauté politique s'interroge au niveau national et international sur la façon la plus appropriée de protéger, même avant la naissance, les droits de l'homme et la dignité de l'être humain de certaines applications de la biologie et de la médecine.

J'estime que l'on ne peut pas ignorer le grand débat mené ces dernières années au sein des parlements nationaux sur la bioéthique et sur l'opportunité de la révision ou de l'introduction de lois sur l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, en renforçant les garanties, en prohibant des techniques telles que le clonage reproductif des êtres humains et en encadrant strictement celles dont l'intérêt médical est avéré.

La Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, ouverte à la signature à Oviedo le 4 avril 1997 et entrée en vigueur le 1^{er} décembre 1999, a, quant à elle, pour but de protéger l'être humain dans sa dignité et son identité et de garantir à toute personne, sans discrimination, le respect de son intégrité et de ses autres droits et libertés fondamentales à l'égard des applications de la biologie et de la médecine. Elle protège la dignité de toute personne même avant la naissance et a pour souci principal d'éviter qu'aucune forme de recherche ou d'intervention ne puisse être entreprise en violation de la dignité et de l'identité de l'être humain. Cette convention, bien que très récente, ne définit pas non plus le terme de « personne » et distingue entre « personne » et « être humain », dont, à l'article 2, elle affirme la primauté comme suit : « L'intérêt et le bien de l'être humain doivent prévaloir sur le seul intérêt de la société ou de la science. » Quant au problème de la définition du terme de « personne », le rapport explicatif de la Direction des affaires juridiques du Conseil de l'Europe indique, au paragraphe 18, qu'« en l'absence d'unanimité, parmi les Etats membres du Conseil de l'Europe, sur la définition de [ce terme], il a été convenu de laisser au droit interne le soin éventuel d'apporter les précisions pertinentes aux effets de l'application de la présente Convention ».

Par ailleurs, j'observe que, dans cette convention, il y a sans doute des dispositions concernant la phase d'avant naissance (voir par exemple le chapitre IV – Génome humain). Notre Cour peut être saisie en application de l'article 29 de cette convention pour donner des avis consultatifs sur des questions juridiques relatives à son interprétation. Aucune restriction à cette faculté n'a été prévue par les Etats contractants de façon à limiter la compétence de notre Cour aux questions portant uniquement sur les faits qui se déroulent après la naissance.

En présence d'une série de silences ou bien de renvois, il faut tout de même donner une réponse à la requérante.

En deuxième lieu, je tiens à souligner que les juges doivent rendre une décision sur l'affaire concrète qui leur est présentée. La requête a pour objet une interruption de grossesse provoquée par la faute d'un médecin sur un fœtus qui avait entre vingt et vingt-quatre semaines, contre la volonté de la mère.

A ce propos, j'estime que l'on ne peut pas ignorer le fait que l'âge du fœtus, dans le cas d'espèce, était très proche de celui de certains fœtus ayant pu survivre, mais également le fait qu'aujourd'hui, grâce aux progrès scientifiques, on connaît presque tout d'un fœtus de cet âge : son poids, son sexe, ses dimensions exactes, ses éventuels malformations ou problèmes. S'il n'a pas encore d'existence indépendante de celle de la mère (mais dans les premières années de vie un enfant ne peut non plus survivre de façon autonome, sans l'aide de quelqu'un qui s'occupe de lui), je considère qu'il est un être distinct de sa mère.

Si la personnalité juridique n'apparaît qu'à la naissance, cela ne signifie nullement, à mon avis, que « le droit de toute personne à la vie » ne doit pas être reconnu et protégé avant la naissance. Cela me paraît d'ailleurs être un principe partagé par tous les pays membres du Conseil de l'Europe : les lois adoptées au niveau national afin de permettre l'interruption volontaire de grossesse n'auraient pas été nécessaires si le fœtus n'avait pas été considéré comme une vie à protéger. Elles représentent donc une exception à la règle de la protection de la vie des personnes, et ce même avant la naissance.

Je rappelle que de toute façon cette affaire n'a rien à voir avec la réglementation, par les lois nationales, de l'interruption volontaire de grossesse, qui a été depuis longtemps l'objet de requêtes devant les organes de Strasbourg et qui a été jugée conforme à la Convention (paragraphe 75-80 de l'arrêt).

J'estime que, comme les autres articles de la Convention, l'article 2 doit être interprété de façon évolutive afin de permettre aussi de répondre aux grands dangers actuels pour la vie humaine. Les moyens des manipulations génétiques et la possibilité d'une utilisation des résultats scientifiques en violation de la dignité et de l'identité de l'être humain l'imposent. La Cour a, de plus, souvent affirmé que la Convention est un

instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions actuelles (voir, par exemple, *Tyrer c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 avril 1978, série A n° 26, pp. 15-16, § 31; *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), arrêt du 23 mars 1995, série A n° 310, p. 26, § 71; *Mazurek c. France*, n° 34406/97, § 49, CEDH 2000-II).

J'en conclus donc que l'article 2 de la Convention est applicable en l'espèce et qu'il a été violé, dans la mesure où le droit à la vie n'a pas été protégé par la loi de l'Etat défendeur.

VO v. FRANCE
(Application no. 53924/00)

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 8 JULY 2004

SUMMARY¹**Lack of criminal-law remedy for involuntary termination of pregnancy as a result of medical error****Article 2**

Life – Lack of criminal-law remedy for involuntary termination of pregnancy as a result of medical error – Right of “everyone” (“toute personne”) to life – Lack of a European consensus – States’ margin of appreciation – Right to life “protected by law” – Legal protection of the mother for the involuntary termination of pregnancy – Positive obligations – Obligations concerning the preservation of life in the public-health sphere – Procedural obligations in cases of involuntary violations of the right to physical integrity – Adequacy of a claim for compensation as a remedy in medical negligence cases – Action in damages – Limitation period – Compensation

*
* * *

Owing to a mix-up caused by the fact that two patients attending the same hospital department shared the same surname, a doctor carried out a medical intervention, intended for another person, on the applicant, who was pregnant. As a result of this error, the applicant was obliged to undergo a therapeutic abortion. The foetus, which was healthy, was at that stage aged between 20 and 21 weeks. The applicant had intended to carry her pregnancy to term. She lodged a criminal complaint for unintentional physical injury to herself and unintentional homicide against her unborn child. The expert reports produced in the criminal proceedings concluded that there had been a malfunctioning of the hospital department concerned and negligence on the part of the doctor. The offence of causing unintentional injuries to the applicant was covered by an amnesty. With regard to the foetus, the Court of Cassation held that the fact of a doctor causing the death *in utero* of a human foetus which was not yet viable through carelessness or negligence did not constitute the offence of involuntary homicide, as the foetus was not entitled to the protection of the criminal law. The applicant considered that the lack of protection for her unborn child under French criminal law constituted a violation of Article 2 of the Convention.

Held

Article 2: The Court stated that, in view of the lack of a definite policy within the majority of the Contracting States or of a European consensus, the issue of when the right to life began came within the States’ margin of appreciation. The nature

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

and legal status of the embryo were not currently defined in French law and there was no European consensus on the subject. The Court accordingly considered that it was neither desirable, nor even possible as matters stood, to answer in the abstract the question whether the unborn child was a person for the purposes of Article 2 of the Convention ("*personne*" in the French text). As to the case before it, the Court considered it unnecessary to examine whether the abrupt end to the applicant's pregnancy fell within the scope of Article 2, seeing that, even assuming that that provision was applicable, there had been no failure on the part of the respondent State to comply with the requirements relating to the preservation of life in the public-health sphere. With regard to that issue, the Court had considered whether the legal protection afforded the applicant by France in respect of the loss of the unborn child she was carrying satisfied the procedural requirements inherent in Article 2. Noting that the dispute concerned the involuntary killing of an unborn child against the mother's wishes, causing her particular suffering, the Court found that the interests of the mother and the child coincided. It therefore examined, from the standpoint of the effectiveness of existing remedies, the protection which the applicant had been afforded in seeking to establish the liability of the doctor concerned for the loss of her child *in utero* and to obtain compensation for the abortion she had had to undergo. In the public-health sphere, the positive obligations imposed on the States by Article 2 required them to make regulations compelling hospitals, whether private or public, to adopt appropriate measures for the protection of patients' lives. They also required an effective independent judicial system to be set up so that the cause of death of patients in the care of the medical profession, whether in the public or the private sector, could be determined and those responsible made accountable. If the infringement of the right to physical integrity was not caused intentionally, the positive obligation imposed by Article 2 to set up an effective judicial system did not necessarily require the provision of a criminal-law remedy in every case. In the specific sphere of medical negligence, that obligation could for instance also be satisfied by affording victims a remedy in the civil courts, either alone or in conjunction with a remedy in the criminal courts, enabling any liability of the doctors concerned to be established and any appropriate civil redress obtained. The applicant had had the possibility of bringing an action for damages against the authorities on account of the doctor's alleged negligence. A claim for compensation in the administrative courts would have had fair prospects of success and the applicant could have obtained damages from the hospital. That was apparent from the clear findings in the reports submitted by the judicial experts in the criminal proceedings concerning the poor organisation of the hospital department in question and the serious negligence on the doctor's part.

The four-year limitation period applicable to a claim for compensation in the administrative courts did not, in the circumstances of the case, appear to the Court to be unduly short, even though it had subsequently been extended to ten years. Even assuming that Article 2 was applicable in the case, an action for damages in the administrative courts for the hospital doctor's alleged negligence could be regarded as an effective remedy that had been available to the applicant. Such an action would have given her an opportunity to prove the medical negligence she complained of and to obtain full redress for the damage.

Conclusion: no violation (fourteen votes to three).

Case-law cited by the Court

- X v. Norway*, no. 867/60, Commission decision of 29 May 1961, Collection of Decisions, vol. 6
- X v. Austria*, no. 7045/75, Commission decision of 10 December 1976, Decisions and Reports 7
- Brüggemann and Scheuten v. Germany*, no. 6959/75, Commission's report of 12 July 1977, Decisions and Reports 10
- Tyner v. the United Kingdom*, judgment of 25 April 1978, Series A no. 26
- Airey v. Ireland*, judgment of 9 October 1979, Series A no. 32
- X v. the United Kingdom*, no. 8416/79, Commission decision of 13 May 1980, Decisions and Reports 19
- H. v. Norway*, no. 17004/90, Commission decision of 19 May 1992, Decisions and Reports 73
- Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, judgment of 29 October 1992, Series A no. 246-A
- Reeve v. the United Kingdom*, no. 24844/94, Commission decision of 30 November 1994, Decisions and Reports 79-A
- McCann and Others v. the United Kingdom*, judgment of 27 September 1995, Series A no. 324
- Stubbings and Others v. the United Kingdom*, judgment of 22 October 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV
- Brualla Gómez de la Torre v. Spain*, judgment of 19 December 1997, *Reports* 1997-VIII
- L.C.B. v. the United Kingdom*, judgment of 9 June 1998, *Reports* 1998-III
- Powell v. the United Kingdom* (dec.), no. 45305/99, ECHR 2000-V
- Kress v. France* [GC], no. 39594/98, ECHR 2001-VI
- Calvelli and Ciglio v. Italy* [GC], no. 32967/96, ECHR 2002-I
- Boso v. Italy* (dec.), no. 50490/99, ECHR 2002-VII
- Mastromatteo v. Italy* [GC], no. 37703/97, ECHR 2002-VIII
- Lazzarini and Ghiacci v. Italy* (dec.), no. 53749/00, 7 November 2002
- Perez v. France* [GC], no. 47287/99, ECHR 2004-I

In the case of Vo v. France,

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

Mr L. WILDHABER, *President*,
Mr C.L. ROZAKIS,
Mr J.-P. COSTA,
Mr G. RESS,
Sir Nicolas BRATZA,
Mr L. CAFLISCH,
Mrs V. STRÁŽNICKÁ,
Mr P. LORENZEN
Mr K. JUNGWIERT,
Mr M. FISCHBACH,
Mr J. HEDIGAN,
Mrs W. THOMASSEN,
Mr A.B. BAKA,
Mr K. TRAJA,
Mr M. UGREKHELIDZE,
Mrs A. MULARONI,
Mr K. HAJIYEV, *judges*,
and Mr P.J. MAHONEY, *Registrar*,

Having deliberated in private on 10 December 2003 and 2 June 2004,

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

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 53924/00) 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, Mrs Thi-Nho Vo (“the applicant”), on 20 December 1999.

2. The applicant was represented by Mr B. Le Griel, 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, in particular, a violation of Article 2 of the Convention on the ground that the conduct of a doctor who was responsible for the death of her child *in utero* was not classified as unintentional homicide.

4. The application was allocated to the Third Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). Within that Section, the Chamber to which the case had been assigned decided on 22 May 2003 to relinquish jurisdiction in favour of the Grand Chamber with immediate effect, none of the parties having objected to 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. The applicant and the Government each filed observations on the admissibility and merits of the case. In addition, observations were also received from the Center for Reproductive Rights and the Family Planning Association, which had been given leave by the President to intervene in the written procedure (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 2).

7. A hearing on the admissibility and merits of the case took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 10 December 2003 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mr F. ALABRUNE, Deputy Director of Legal Affairs, Ministry of Foreign Affairs,	<i>Agent,</i>
Mr G. DUTERTRE, Drafting Secretary, Human Rights Section, Legal Affairs Department, Ministry of Foreign Affairs,	
Mrs J. VAILHE, Drafting Secretary, European and International Affairs Department, Ministry of Justice,	
Mr P. PRACHE, Department of Criminal Affairs and Pardons, Ministry of Justice,	
Mr H. BLONDET, judge of the Court of Cassation, Mrs V. SAGANT, European and International Affairs Department, Ministry of Justice,	<i>Counsel;</i>

(b) *for the applicant*

Mr B. LE GRIEL, of the Paris Bar,	<i>Counsel.</i>
-----------------------------------	-----------------

The Court heard addresses by Mr Le Griel and Mr Alabrune.

8. In accordance with the provisions of Article 29 § 3 of the Convention and Rule 54A § 3, the Court decided to examine the issue of admissibility of the application with the merits.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

9. The applicant was born in 1967 and lives in Bourg-en-Bresse.

10. On 27 November 1991 the applicant, Mrs Thi-Nho Vo, who is of Vietnamese origin, attended Lyons General Hospital for a medical examination scheduled during the sixth month of pregnancy.

11. On the same day another woman, Mrs Thi Thanh Van Vo, was due to have a contraceptive coil removed at the same hospital. When Dr G., who was to remove the coil, called out the name "Mrs Vo" in the waiting-room, it was the applicant who answered.

After a brief interview, the doctor noted that the applicant had difficulty in understanding French. Having consulted the medical file, he sought to remove the coil without examining her beforehand. In so doing, he pierced the amniotic sac causing the loss of a substantial amount of amniotic fluid.

After finding on clinical examination that the uterus was enlarged, the doctor ordered a scan. He then discovered that one had just been performed and realised that there had been a case of mistaken identity. The applicant was immediately admitted to hospital.

Dr G. then attempted to remove the coil from Mrs Thi Thanh Van Vo, but was unsuccessful and so prescribed an operation under general anaesthetic for the following morning. A further error was then made when the applicant was taken to the operating theatre instead of Mrs Thi Thanh Van Vo, and only escaped the surgery intended for her namesake after she protested and was recognised by an anaesthetist.

12. The applicant left the hospital on 29 November 1991. She returned on 4 December 1991 for further tests. The doctors found that the amniotic fluid had not been replaced and that the pregnancy could not continue further. The pregnancy was terminated on health grounds on 5 December 1991.

13. On 11 December 1991 the applicant and her partner lodged a criminal complaint, together with an application to join the proceedings as civil parties, alleging unintentional injury to the applicant entailing total unfitness for work for a period not exceeding three months and unintentional homicide of her child. Three expert reports were subsequently filed.

14. The first, which was filed on 16 January 1992, concluded that the foetus, a baby girl, was between 20 and 21 weeks old, weighed 375 grams, was 28 centimetres long, had a cranial perimeter of 17 centimetres and had not breathed after delivery. The expert also concluded that there was no indication that the foetus had been subjected to violence or was malformed and no evidence that the death was attributable to a morpho-

logical cause or to damage to an organ. Further, the autopsy performed after the abortion and an anatomico-pathological examination of the body indicated that the foetal lung was 20 to 24 weeks old.

15. On 3 August 1992 a second report was filed concerning the applicant's injuries:

“(a) There is a period of temporary total unfitness for work from 27 November 1991 to 13 December 1991, when the patient was admitted to the Tonkin Clinic with an entirely unconnected pathology (appendectomy)

(b) the date of stabilisation can be put at 13 December 1991

(c) there is no loss of amenity

(d) there is no aesthetic damage

(e) there is no occupational damage

(f) there is no partial permanent unfitness for work

Damage in terms of pain and suffering resulting from this incident still has to be assessed. The assessment should be carried out with a doctor of Vietnamese extraction specialising in psychiatry or psychology.”

16. The third report, which was issued on 29 September 1992, referred to the malfunctioning of the hospital department concerned and to negligence on the part of the doctor:

“1. The manner in which appointments in the departments run by Professors [T.] and [R.] at Lyons General Hospital are organised is not beyond reproach, in particular in that namesakes are common among patients of foreign origin and create a risk of confusion, a risk that is undoubtedly increased by the patients' unfamiliarity with or limited understanding of our language.

2. The fact that patients were not given precise directions and the consulting rooms and names of the doctors holding surgeries in them were not marked sufficiently clearly increased the likelihood of confusion between patients with similar surnames and explains why, after Dr [G.] had acquainted himself with Mrs Thi Thanh Van Vo's medical file, it was [the applicant] who came forward in response to his call.

3. The doctor acted negligently, by omission, and relied solely on the paraclinical examinations. He did not examine his patient and by an unfortunate error ruptured the amniotic sac, causing the pregnancy to terminate at five months. He is accountable for that error, although there are mitigating circumstances.”

17. On 25 January 1993, and also following supplemental submissions by the prosecution on 26 April 1994, Dr G. was charged with causing unintentional injury at Lyons on 27 November 1991 by:

(i) through his inadvertence, negligent act or inattention, perforating the amniotic sac in which the applicant's live and viable foetus was developing, thereby unintentionally causing the child's death (a criminal offence under Article 319 of the former Criminal Code – which was applicable at the material time – now Article 221-6 of the Criminal Code);

(ii) through his inadvertence, negligent act, inattention, negligent omission or breach of a statutory or regulatory duty of protection or care, causing the applicant bodily injury that resulted in her total unfitness for work for a period not exceeding three months (a criminal offence under Article R. 40, sub-paragraph 4, of the former Criminal Code – which was applicable at the material time – now Articles R. 625-2 and R. 625-4 of the Criminal Code).

18. By an order of 31 August 1995, Dr G. was committed to stand trial in the Lyons Criminal Court on counts of unintentional homicide and unintentionally causing injuries.

19. By a judgment of 3 June 1996, the Criminal Court found that the accused was entitled as of right to an amnesty under the Amnesty Law of 3 August 1995 in respect of the offence of unintentionally causing injuries entailing temporary unfitness for work of less than three months. As to the offence of unintentional homicide of the foetus, it held:

“The issue before the Court is whether the offence of unintentional homicide or the unintentional taking of the foetus’s life is made out when the life concerned is that of a foetus – if a 20 to 21 week-old foetus is a human person (‘another’ within the meaning of Article 221-6 of the Criminal Code).

...

The expert evidence must be accepted. The foetus was between 20 and 21 weeks old.

At what stage of maturity can an embryo be considered a human person?

The Voluntary Termination of Pregnancy Act of 17 January 1975 provides: ‘The law guarantees respect of every human being from the beginning of life.’

The Law of 29 July 1994 (Article 16 of the Civil Code) provides: ‘The law secures the primacy of the person, prohibits any assault on human dignity and guarantees the respect of every human being from the beginning of its life.’

The laws of 29 July 1994 expressly employed the terms ‘embryo’ and ‘human embryo’ for the first time. However, the term ‘human embryo’ is not defined in any of them.

When doing the preparatory work for the legislation on bioethics, a number of parliamentarians (both members of the National Assembly and senators) sought to define ‘embryo’. Charles de Courson proposed the following definition: ‘Every human being shall be respected from the start of life; the human embryo is a human being.’ Jean-François Mattéi stated: ‘The embryo is in any event merely the morphological expression of one and the same life that begins with impregnation and continues till death after passing through various stages. It is not yet known with precision when the zygote becomes an embryo and the embryo a foetus, the only indisputable fact being that the life process starts with impregnation.’

It thus appears that there is no legal rule to determine the position of the foetus in law either when it is formed or during its development. In view of this lack of a legal definition it is necessary to return to the known scientific facts. It has been established that a foetus is viable at 6 months and on no account, on present knowledge, at 20 or 21 weeks.

The Court must have regard to that fact (viability at 6 months) and cannot create law on an issue which the legislators have not yet succeeded in defining.

The Court thus notes that a foetus becomes viable at the age of 6 months; a 20 to 21 week-old foetus is not viable and is not a 'human person' or 'another' within the meaning of former Article 319 and Article 221-6 of the Criminal Code.

The offence of unintentional homicide or of unintentionally taking the life of a 20 to 21 week-old foetus has not been made out, since the foetus was not a 'human person' or 'another'...

Acquits Dr G. on the charge without penalty or costs ...”

20. On 10 June 1996 the applicant appealed against that judgment. She argued that Dr G. had been guilty of personal negligence severable from the functioning of the public service and sought 1,000,000 French francs (FRF) in damages, comprising FRF 900,000 for the death of the child and FRF 100,000 for the injury she had sustained. The public prosecutor's office, as second appellant, submitted that the acquittal should be overturned. It observed: “By failing to carry out a clinical examination, the accused was guilty of negligence that caused the death of the foetus, which at the time of the offence was between 20 and 24 weeks old and following, normally and inexorably, the path of life on which it had embarked, there being no medical doubt over its future.”

21. In a judgment of 13 March 1997, the Lyons Court of Appeal upheld the judgment in so far as it had declared the prosecution of the offence of unintentionally causing injuries time-barred but overturned the remainder of the judgment and found the doctor guilty of unintentional homicide. It imposed a six-month suspended prison sentence and a fine of FRF 10,000, holding:

“... In the instant case Dr [G.]’s negligence is characterised in particular by the fact that the patient’s knowledge of French was insufficient to enable her to explain her condition to him, to answer his questions or to give him the date of her last period, circumstances that should have further impressed upon him the need for a thorough clinical examination. The assertion that he was entitled to rely on the medical records alone shows that, though an able scientist, this young doctor was nonetheless unaware of one of the essential skills of the practice of medicine: listening to, getting to know and examining the patient. Indeed, before this Court Dr [G.] said that the accident had impressed upon him how vital it was to take precautions before operating.

There is a clear causal link between this negligent act and omission and the death of the child Mrs Vo was carrying. The accused has himself acknowledged, with commendable honesty, that a clinical examination would have alerted him to the fact that the patient was pregnant and had been mistaken for another patient.

As regards the classification of the offence as unintentional homicide, it is first necessary to reiterate the legal principles governing this sphere.

Various provisions of international treaties, such as Article 2 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights and Article 6 of the Convention on

the Rights of the Child signed in New York on 26 January 1990, recognise a right to life protected by law for everyone, and notably children.

Under domestic law, section 1 of the Voluntary Termination of Pregnancy Act (Law no. 75-17 of 17 January 1975) specifies: 'The law guarantees respect of every human being from the beginning of life ... this principle may only be derogated from in the event of necessity and in accordance with the conditions set out in this statute.'

Further, Law no. 94-653 of 29 July 1994 on the respect of the human body lays down in Article 16 of the Civil Code: 'The law secures the primacy of the person, prohibits any assault on human dignity and guarantees the respect of every human being from the beginning of its life.'

These statutory provisions cannot be regarded as mere statements of intent, devoid of any legal effect, since Article 16-9 of the Civil Code indicates that the provisions of Article 16 are mandatory.

For its part the Criminal Division of the Court of Cassation applied these rules of international and domestic law in two judgments it delivered on 27 November 1996, specifying that the Act of 17 January 1975 only permits derogation from the rule stated in section 1 thereof that every human being is entitled to respect from the beginning of life in cases of necessity and subject to the conditions and limitations set out in it.

The Court of Cassation added that, having regard to the conditions laid down by the legislature, the provisions of that statute and of the law of 31 December 1979 on the voluntary termination of pregnancy, taken as a whole, were not incompatible with the aforementioned treaty provisions.

In a different case, moreover, the Court of Cassation pointed out that on signing the Convention on the Rights of the Child in New York on 26 January 1990, France made a declaration concerning interpretation in which it stated that the convention could not be interpreted as constituting any obstacle to the implementation of the provisions of French legislation on the voluntary termination of pregnancy. That reservation shows, by converse implication, that that convention could concern a foetus aged less than 10 weeks, the statutory maximum foetal age in France for a voluntary termination of pregnancy.

It follows that, subject to the provisions on the voluntary termination of pregnancies and therapeutic abortions, the right to respect for every human being from the beginning of life is guaranteed by law, without any requirement that the child be born as a viable human being, provided it was alive when the injury occurred.

Indeed, viability is a scientifically indefinite and uncertain concept, as the accused, who is currently studying in the United States, himself acknowledged, informing the Court that foetuses born between 23 and 24 weeks after conception could now be kept alive, a situation that was inconceivable a few years ago. In the opinion prepared by Professor [T.] and adduced in evidence by Dr [G.], reference is made to a report by Professor Mattéi in which it is indicated that the embryo is merely the morphological expression of one and the same life that begins with impregnation and continues till death after passing through various stages. It is not yet known with precision when the zygote becomes an embryo and the embryo a foetus, the only indisputable fact being that the life process starts with impregnation. ...

Thus the issue of viability at birth, a notion that is uncertain scientifically, is in addition devoid of all legal effect, as the law makes no distinction on that basis.

In the instant case it has been established that when the scan was performed on 27 November 1991 – before the amniotic fluid was lost later that day – the [applicant’s] pregnancy had been proceeding normally and the child she was carrying was alive. When the therapeutic abortion was performed on 5 December 1991, it was noted that a comparison of the child’s measurements with published tables suggested that the foetus was between 20 and 21 weeks old and possibly older, as it is not certain that the tables take into account the specific morphology of children of Vietnamese origin. Dr [G.], when questioned on this point at the hearing, was unable to provide any further information. The conclusion from the anatomico-pathological examination was that the foetal lung indicated an age of between 20 and 24 weeks, its measurements suggesting that an age at the lower end of that range was the most likely. In any event, as Dr [G.] said in evidence, the age of the foetus was very close to that of certain foetuses that have managed to survive in the United States. The photographs at page D 32 of the trial bundle show a perfectly formed child whose life was cut short by the accused’s negligence.

As the Douai Court of Appeal observed in its judgment of 2 June 1987, had the assault on the child concerned inflicted a non-fatal wound, it would have been classified without any hesitation as an offence of unintentionally causing injuries. *A fortiori*, an assault leading to the child’s death must be classified as unintentional homicide.

Thus, the strict application of the legal principles, established scientific fact and elementary common sense all dictate that a negligent act or omission causing the death of a 20 to 24 week-old foetus in perfect health should be classified as unintentional homicide.

Consequently, the impugned judgment must be overturned ...

While [the applicant’s] civil action is admissible, if only to corroborate the prosecution case, this Court has no jurisdiction to hear the claim for reparation. This is because despite the serious nature of the negligent act and omission of Dr [G.], a doctor in a public hospital, they do not constitute personal misconduct of such exceptional gravity entailing a total disregard for the most elementary principles and duties inherent in his function as to make them severable from public service.

Nonetheless, it is appropriate to order Dr [G.] to pay to this civil party compensation in the sum of 5,000 francs under Article 475-1 of the Code of Criminal Procedure on account of costs which she has incurred, but which have not been paid by the State.

...”

22. On 30 June 1999, on an appeal on points of law by the doctor, the Court of Cassation reversed the judgment of the Lyons Court of Appeal and ruled that there was no reason to remit the case for retrial:

“Having regard to Article 111-4 of the Criminal Code:

Criminal-law provisions must be strictly construed.

...

In convicting [the doctor] of unintentional homicide, the appellate court noted that Article 2 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights recognise the existence for all persons of a right to life protected by law. The appellate court stated that the Voluntary Termination of Pregnancy Act of 17 January

1975 establishes the rule that the life of every human being must be respected from the beginning of life. That rule is now restated in Article 16 of the Civil Code as worded following the amendment made by the Law of 29 July 1994. The appellate court went on to state that, by operating without performing a prior clinical examination, the doctor was guilty of a negligent act or omission that had a definite causal link with the death of the child the patient was carrying.

However, by so holding, when the matters of which the defendant was accused did not come within the definition of the offences set out in former Article 319 and Article 221-6 of the Criminal Code, the Court of Appeal misinterpreted the aforementioned provisions.

...”

II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

A. The Criminal Code

23. The provision dealing with the unintentional taking of life at the material time and until 1 March 1994 was Article 319 of the Criminal Code, which read as follows:

“Anyone who through his or her inadvertence, negligent act, inattention, negligent omission or breach of regulation unintentionally commits homicide or unintentionally causes death, shall be liable to imprisonment of between three months and two years and a fine of between 1,000 and 30,000 francs.”

24. Since 1 March 1994, the relevant provision has been Article 221-6 of the Criminal Code (as amended by Law no. 2000-647 of 10 July 2000 and Order no. 2000-916 of 19 September 2000), which is to be found in Section II (“Unintentional taking of life”) of Chapter I (“Offences against the life of the person”) of Part II (“Offences against the human person”) of Book II (“Serious crimes (*crimes*) and other major offences (*délits*) against the person”). Article 221-6 provides:

“It shall be an offence of unintentional homicide punishable by three years’ imprisonment and a fine of +5,000 euros to cause the death of another in the conditions and in accordance with the distinctions set out in Article 121-3 by inadvertence, negligent act, inattention, negligent omission or breach of a statutory or regulatory duty of safety or care.

In the event of a manifestly deliberate breach of a special statutory or regulatory duty of safety or care, the maximum sentences shall be increased to five years’ imprisonment and a fine of 75,000 euros.”

25. Article 223-10 of the Criminal Code, which concerns the voluntary termination of pregnancy by a third party without the mother’s consent, is to be found in Section V under the heading “Unlawful termination of pregnancy” of Chapter III, entitled “Endangering the person”, in Part II of Book II. It reads as follows:

“It shall be an offence punishable by five years’ imprisonment and a fine of 75,000 euros to terminate a pregnancy without the mother’s consent.”

26. Section III entitled “Protection of the human embryo” of Chapter I (“Offences against biomedical ethics”) of Part I (“Public-health offences”) of Book V (“Other serious crimes (*crimes*) and other major offences (*délits*)”) prohibits various types of conduct on grounds of medical ethics (Articles 511-15 to 511-25), including the conception of human embryos *in vitro* for research or experimental purposes (Article 511-18).

B. The Public Health Code

27. At the material time the limitation period for an action in damages in the administrative courts was four years, while the period in which a pregnancy could be voluntarily terminated lawfully was ten weeks following conception.

28. The provisions of the Public Health Code as worded since the Patients’ Rights and Quality of the Health Service Act (Law no. 2002-303 of 4 March 2002) came into force read as follows:

Article L. 1142-1

“Save where they incur liability as a result of a defect in a health product, the medical practitioners mentioned in Part IV of this Code and all hospitals, clinics, departments and organisations in which preventive medicine, diagnosis or treatment is performed on individuals shall only be liable for damage caused by preventive medicine, diagnosis or treatment if they have been at fault.

...”

Article L. 1142-2

“Private medical practitioners, the hospitals, clinics, health services and organisations mentioned in Article L. 1142-1 and any other legal entity other than the State that is engaged in preventive medicine, diagnosis or treatment and the producers and suppliers of and dealers in health products in the form of finished goods mentioned in Article L. 5311-1 with the exception of sub-paragraph 5 thereof, subject to the provisions of Article L. 1222-9, and sub-paragraphs 11, 14 and 15, that are used in connection with such activities shall be under a duty to take out insurance in respect of any third-party or administrative liability they may incur for damage sustained by third parties as a result of an assault against the person in the course of that activity taken as a whole.

...”

Article L. 1142-28

“The limitation period for actions against medical practitioners and public or private hospitals or clinics in respect of preventive medicine, diagnosis or treatment shall be ten years from the date the condition stabilises.”

Article L. 2211-1

“As stated in Article 16 of the Civil Code as hereafter reproduced:

“The law secures the primacy of the person, prohibits any assault on human dignity and guarantees the respect of every human being from the beginning of its life.”

Article L. 2211-2

“The principle referred to in Article L. 2211-1 may only be derogated from in the event of necessity and in accordance with the conditions set out in this Part. It shall be the nation’s duty to educate society on this principle and its consequences, [to provide] information on life’s problems and on national and international demography, to inculcate a sense of responsibility, to receive children into society and to uphold family life. The State, aided by the local and regional authorities, shall perform these obligations and support initiatives that assist it to do so.”

Article L. 2212-1

“A pregnant woman whose condition causes her distress may ask a doctor to terminate her pregnancy. The pregnancy may only be terminated within the first twelve weeks.”

Article L. 2213-1

“A pregnancy may be voluntarily terminated at any time if two doctors from a pluridisciplinary team certify, after the team has issued a consultative opinion, that either the woman’s continued pregnancy puts her health at serious risk or that it is highly likely that the unborn child is suffering from a particularly serious affection which is recognised as incurable at the time of diagnosis.

...”

C. The position taken by the Court of Cassation

29. The Court of Cassation has followed its decision in the instant case (see paragraph 22 above) on two occasions (in its judgments of 29 June 2001 (full court), *Bulletin* no. 165, and of 25 June 2002 (Criminal Division), *Bulletin* no. 144), despite submissions from the advocates-general concerned to the contrary.

1. Judgment of the full court of 29 June 2001

“As regards the two grounds of appeal of the public prosecutor at the Metz Court of Appeal and of Mrs X which have been joined together ...:

On 29 July 1995 a vehicle being driven by Mr Z collided with a vehicle being driven by Mrs X, who was six months pregnant. She was injured and as a result of the impact lost the foetus she was carrying. In the impugned judgment (Metz Court of Appeal, 3 September 1998), Mr Z was convicted of unintentionally injuring Mrs X, aggravated by the fact that he was under the influence of drink. However, he was acquitted of the unintentional killing of the unborn child.

The grounds of appeal against that decision are, firstly, that Article 221-6 of the Criminal Code, which makes it an offence to cause the death of another, does not exclude from its scope a viable unborn child and that, by holding that this provision applied only to a child whose heart was beating at birth and who was breathing, the Court of Appeal had added a condition that was not contained in the statute, and, secondly, unintentionally causing the death of an unborn child constituted the offence of unintentional homicide if the unborn child was viable at the material time, irrespective of whether or not it breathed when it was separated from the mother, with the result that there had been a violation of Articles 111-3, 111-4 and 221-6 of the Criminal Code and Article 593 of the Code of Criminal Procedure.

The rule that offences and punishment must be defined by law, which requires that criminal statutes be construed strictly, pleads against extending the scope of Article 221-6 of the Criminal Code, which makes unintentional homicide an offence, to cover unborn children whose status in law is governed by special provisions concerning embryos and foetuses.

...”

2. *Judgment of the Criminal Division of 25 June 2002*

“...

Having regard to former Article 319, Article 221-6 and Article 111-4 of the Criminal Code:

The rule that offences and punishment must be defined by law, which requires that criminal statutes be construed strictly, pleads against a charge of unintentional homicide lying in the case of a child that is not born alive.

The impugned judgment established that Z, whose pregnancy under the supervision of X came to term on 10 November 1991, attended the clinic in order to give birth on 17 November. She was placed under observation at about 8.30 p.m. and drew the attention of the midwife, Y, to an anomaly in the child’s cardiac rhythm. Y refused to call the doctor. A further test carried out at 7 a.m. the following morning showed a like anomaly and subsequently that the heart had stopped beating altogether. At about 8 a.m., X pronounced the baby dead. In the evening he proceeded to extract the stillborn child by caesarean section. According to the autopsy report, the child did not present any malformation but had suffered from anoxia.

In finding Y guilty of unintentional homicide and X, who was acquitted by the Criminal Court, liable for the civil consequences of that offence, the Court of Appeal held that the child’s death was a result of the negligent acts and omissions of both the doctor in failing to place the patient, who was beyond term, under closer observation and of the midwife in failing to notify an unequivocal anomaly noted when the child’s cardiac rhythm was recorded.

After noting that the stillborn child did not present any organic lesion capable of explaining its death, the Court of Appeal stated: ‘This child had reached term several days previously and, but for the fault that has been found, would have been capable of independent survival, with a human existence separate from its mother’s.’

However, by so holding, the Court of Appeal misapplied the provisions referred to above and the aforementioned principles.

It follows that this appeal on points of law is allowed. The case will not be remitted, as the facts are not capable of coming within the definition of any criminal offence.

...”

30. The Criminal Division of the Court of Cassation has held that a court of appeal gave valid reasons for finding a defendant guilty of the unintentional homicide of a child who died an hour after its birth on the day of a road traffic accident in which its mother, who was eight months’ pregnant, was seriously injured, when it held that, by failing to control his vehicle, the driver had caused the child’s death an hour after birth as a result of irreversible lesions to vital organs sustained at the moment of impact (Court of Cassation, Criminal Division, 2 December 2003).

31. An article entitled “Unintentional violence on pregnant women and the offence of unintentional homicide” (*Recueil Dalloz* 2004, p. 449) notes that in twenty-eight out of a total of thirty-four articles commenting on the Criminal Division of the Court of Cassation’s judgment of 2 December 2003 (see paragraph 30 above) the authors are critical of the Court of Cassation’s case-law (see paragraph 29 above).

The criticism includes: the laconic reasoning of the Court of Cassation’s judgments and incoherence of the protection afforded, as a person causing unintentional injury is liable to criminal prosecution while a person who unintentionally causes the death of the foetus goes unpunished; the fact that a child who has lived for a few minutes is recognised as having standing as a victim, whereas a child that dies *in utero* is ignored by the law; and the fact that freedom to procreate is less well protected than freedom to have an abortion.

D. The Garraud amendment

32. On 27 November 2003 the National Assembly adopted on its second reading a bill to adapt the criminal justice system to changes in criminality. The bill included the Garraud amendment, so named after the member of parliament who introduced it, which created an offence of involuntary termination of pregnancy (ITP).

33. The adoption of this amendment gave rise to fierce controversy and, after a week of consultations, the Minister of Justice, Mr Perben, declared on 5 December 2003 that the member’s proposal “caused more problems than it solved” and that he was in favour of abandoning it. On 23 January 2004 the Senate unanimously deleted the amendment. This was the second time the senators had rejected such a proposal, as they had already opposed it in April 2003 when examining the Reinforcement of Protection against Road Violence Act, passed on 12 June 2003.

E. The laws on bioethics

34. On 11 December 2003 the National Assembly adopted on its second reading a bill on bioethics with a view to reforming the 1994 laws on the donation and use of parts and products of the human body, medically assisted procreation and prenatal diagnosis, as envisaged by the legislature at the time, in order to take into account subsequent scientific and medical progress and new issues with which society was confronted. In view of the speed with which technological advances are made, the bill reinforces the guarantees on the provision of information and on seeking and obtaining consent, prohibits certain practices that are technically feasible (reproductive cloning) and provides a framework for those with a proven medical interest (research on embryos *in vitro*). It establishes a regulatory and supervisory body (the Procreation, Embryology and Human Genetics Agency) whose functions also include acting as a watchdog and providing support and expert guidance in these spheres (<http://www.assemblee-nationale.fr/dossiers/bioethique.asp>).

III. EUROPEAN LAW

A. The Oviedo Convention on Human Rights and Biomedicine

35. The Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine, also known as the Convention on Human Rights and Biomedicine, which was opened for signature on 4 April 1997 in Oviedo, came into force on 1 December 1999. In this convention, the member States of the Council of Europe, the other States and the European Community signatories to it,

“...

Resolving to take such measures as are necessary to safeguard human dignity and the fundamental rights and freedoms of the individual with regard to the application of biology and medicine,

... agreed as follows:

Chapter I – General provisions

Article 1 – Purpose and object

Parties to this Convention shall protect the dignity and identity of all human beings and guarantee everyone, without discrimination, respect for their integrity and other rights and fundamental freedoms with regard to the application of biology and medicine.

Each Party shall take in its internal law the necessary measures to give effect to the provisions of this Convention.

Article 2 – Primacy of the human being

The interests and welfare of the human being shall prevail over the sole interest of society or science.

...

Chapter V – Scientific research

...

Article 18 – Research on embryos *in vitro*

1. Where the law allows research on embryos *in vitro*, it shall ensure adequate protection of the embryo.
2. The creation of human embryos for research purposes is prohibited.

...

Chapter XI – Interpretation and follow-up of the Convention**Article 29 – Interpretation of the Convention**

The European Court of Human Rights may give, without direct reference to any specific proceedings pending in a court, advisory opinions on legal questions concerning the interpretation of the present Convention at the request of:

- the Government of a Party, after having informed the other Parties;
- the Committee set up by Article 32, with membership restricted to the Representatives of the Parties to this Convention, by a decision adopted by a two-thirds majority of votes cast.

...”

36. The commentary on Article 1 (see paragraphs 16 to 19 of the explanatory report on the convention) states:

Article I – Purpose and object

“16. This Article defines the Convention’s scope and purpose.

17. The aim of the Convention is to guarantee everyone’s rights and fundamental freedoms and, in particular, their integrity and to secure the dignity and identity of human beings in this sphere.

18. The Convention does not define the term ‘everyone’ (in French ‘*toute personne*’). These two terms are equivalent and found in the English and French versions of the European Convention on Human Rights, which however does not define them. In the absence of a unanimous agreement on the definition of these terms among member States of the Council of Europe, it was decided to allow domestic law to define them for the purposes of the application of the present Convention.

19. The Convention also uses the expression ‘human being’ to state the necessity to protect the dignity and identity of all human beings. It was acknowledged that it was a generally accepted principle that human dignity and the identity of the human being had to be respected as soon as life began.

...”

B. Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, on the Prohibition of Cloning Human Beings (12 January 1998)

37. Article 1 of the Protocol provides:

“1. Any intervention seeking to create a human being genetically identical to another human being, whether living or dead, is prohibited.

2. For the purpose of this Article, the term human being ‘genetically identical’ to another human being means a human being sharing with another the same nuclear gene set.”

C. Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, concerning Biomedical Research

38. The draft Protocol was approved by the Steering Committee on Bioethics on 20 June 2003. It was submitted for approval to the Committee of Ministers of the Council of Europe, which sought a consultative opinion from the Parliamentary Assembly. On 30 April 2004 the Assembly issued an opinion (no. 252 (2004)) in which it declared itself in favour of the draft Protocol. On 30 June 2004 the Committee of Ministers adopted the text.

Article 1 – Object and purpose

“Parties to this Protocol shall protect the dignity and identity of all human beings and guarantee everyone, without discrimination, respect for their integrity and other rights and fundamental freedoms with regard to any research involving interventions on human beings in the field of biomedicine.”

Article 2 – Scope

“1. This Protocol covers the full range of research activities in the health field involving interventions on human beings.

2. This Protocol does not apply to research on embryos *in vitro*. It does apply to research on foetuses and embryos *in vivo*.

...”

Article 3 – Primacy of the human being

“The interests and welfare of the human being participating in research shall prevail over the sole interest of society or science.”

Article 18 – Research during pregnancy or breastfeeding

“1. Research on a pregnant woman which does not have the potential to produce results of direct benefit to her health, or to that of her embryo, foetus or child after birth, may only be undertaken if the following additional conditions are met:

(i) the research has the aim of contributing to the ultimate attainment of results capable of conferring benefit to other women in relation to reproduction or to other embryos, foetuses or children;

..."

The explanatory report repeats the terms of the explanatory report on the convention.

D. The Working Party on the Protection of the Human Embryo and Foetus: protection of the human embryo *in vitro* (2003)

39. The Working Party on the Protection of the Human Embryo and Foetus set up by the Steering Committee on Bioethics reached the following conclusion in a report drawn up in 2003:

"This report aimed at giving an overview of current positions found in Europe regarding the protection of the human embryo *in vitro* and the arguments supporting them.

It shows a broad consensus on the need for the protection of the embryo *in vitro*. However, the definition of the status of the embryo remains an area where fundamental differences are encountered, based on strong arguments. These differences largely form the basis of most divergences around the other issues related to the protection of the embryo *in vitro*.

Nevertheless, even if agreement cannot be reached on the status of the embryo, the possibility of re-examining certain issues in the light of the latest developments in the biomedical field and related potential therapeutic advances could be considered. In this context, while acknowledging and respecting the fundamental choices made by the different countries, it seems possible and desirable with regard to the need to protect the embryo *in vitro* on which all countries have agreed, that common approaches be identified to ensure proper conditions for the application of procedures involving the creation and use of embryos *in vitro*. The purpose of this report is to aid reflection towards that objective."

E. The European Group on Ethics in Science and New Technologies at the European Commission

40. The Group has issued, *inter alia*, the following opinion on the ethical aspects of research involving the use of human embryos in the context of the 5th Framework Programme (23 November 1998):

"...

Legal background

Controversies on the concept of beginning of life and 'personhood'

Existing legislation in the Member States differs considerably from one another regarding the question of when life begins and about the definition of 'personhood'. As

a result, no consensual definition, neither scientifically nor legally, of when life begins exists.

Two main views about the moral status of the embryo and thus regarding the legal protection afforded to them with respect to scientific research exist:

- (i) human embryos are not considered as human beings and consequently have a relative worth of protection;
- (ii) human embryos have the same moral status as human beings and consequently are equally worthy of protection.

The discussion of common rules on embryo research is continuing. Recently many European countries, when discussing and signing the Council of Europe Convention on Human Rights and Biomedicine, failed to reach a consensus concerning the definition of the embryo, and, therefore, were unable to find common ground on which to place the admissibility of human embryo research within the Convention. Hence, it is up to the Member States to legislate in this area. Yet, nevertheless, Article 18.1 of the Convention stipulates 'where the law allows research on embryos *in vitro*, it shall ensure adequate protection of the embryo'.

...

Different approaches regarding the definition of the human embryo

In most Member States there is presently no legal definition of the human embryo (Belgium, Denmark, Finland, France, Greece, Ireland, Italy, Luxembourg, Netherlands, Portugal and Sweden). Among those Member States which define the embryo in their legislation, the existing definitions vary considerably from one country to another (Austria, Germany, Spain and the United Kingdom) ...

...

Different scope of national legislation

Among the Member States with legal provisions on embryo research, there are many differences regarding the activities allowed and prohibited.

There are countries where embryo research is allowed only for the benefit of the particular embryo (Austria, Germany). There are Member States where embryo research is exceptionally allowed (France, Sweden), or allowed under strict conditions (Denmark, Finland, Spain, United Kingdom).

...

Diversity of views

The diversity of views regarding the question whether or not research on human embryos *in vitro* is morally acceptable, depends on differences in ethical approaches, philosophical theories and national traditions, which are deeply rooted in European culture. Two contrasting approaches exist: a deontological approach, in which duties and principles control the ends and consequences of our actions; and utilitarian or consequentialist approaches in which human actions are evaluated in terms of means and ends or consequences.

...

The group submits the following opinion

In the preamble it appeared crucial to recall that the progress of knowledge of life sciences, which in itself has an ethical value, cannot, in any case, prevail over fundamental human rights and the respect which is due to all the members of the human family.

The human embryo, whatever the moral or legal status conferred upon it in the different European cultures and ethical approaches, deserves legal protection. Even if taking into account the continuity of human life, this protection ought to be reinforced as the embryo and the foetus develop.

The Treaty on European Union, which does not foresee legislative competence in the fields of research and medicine, implies that such protection falls within the competence of national legislation (as is the case for medically assisted procreation and voluntary interruption of pregnancy). However, Community authorities should be concerned with ethical questions resulting from medical practice or research dealing with early human development.

However, when doing so, the said Community authorities have to address these ethical questions taking into account the moral and philosophical differences, reflected by the extreme diversity of legal rules applicable to human embryo research, in the 15 Member States. It is not only legally difficult to seek harmonisation of national laws at Community level, but because of lack of consensus, it would be inappropriate to impose one exclusive moral code.

The respect for different philosophical, moral or legal approaches and for diverse national culture is essential to the building of Europe.

From an ethical point of view, the multicultural character of European society requires mutual tolerance to be shown by the citizens and political figures of the European Nation States that have chosen uniquely to tie their destiny together, while at the same time ensuring mutual respect for different historical traditions which are exceedingly strong.

From a legal point of view, this multiculturalism is based upon Article 6 of the Amsterdam Treaty (ex Article F of the Treaty on European Union) which recognises fundamental rights at Union level notably based on 'constitutional traditions common to the Member States'. It also declares that 'the Union shall respect the national identity of its Member States'.

It results from the aforementioned principles, that, in the scope of European research programmes, the question of research on the human embryo has to be approached, not only with regard to the respect for fundamental ethical principles, common to all Member States, but equally taking into consideration diverse philosophical and ethical conceptions, expressed through the practices and the national regulations in force in this field.

..."

IV. COMPARATIVE LAW

41. In the majority of the member States of the Council of Europe, the offence of unintentional homicide does not apply to the foetus. However, three countries have chosen to create specific offences. In Italy a person

who negligently causes a pregnancy to terminate is liable to a prison sentence of between three months and two years under section 17 of the Abortion Act of 22 May 1978. In Spain Article 157 of the Criminal Code makes it a criminal offence to cause damage to the foetus and Article 146 an offence to cause an abortion through gross negligence. In Turkey Article 456 of the Criminal Code lays down that a person who causes damage to another shall be liable to a prison sentence of between six months and one year; if the victim is a pregnant woman and the damage results in premature birth, the Criminal Code prescribes a sentence of between two and five years' imprisonment.

THE LAW

I. ADMISSIBILITY OF THE APPLICATION

42. The Government's main submission was that the application was incompatible *ratione materiae* with the provisions of the Convention in that Article 2 did not apply to the unborn child. They further submitted that the applicant had had a legal remedy capable of redressing her complaint, namely an action for damages against the hospital in the administrative courts. Accordingly, she had not exhausted domestic remedies as required by Article 35 § 1 of the Convention. In the alternative, they considered that the application should be rejected as being manifestly ill-founded.

43. The applicant complained of the lack of protection of the unborn child under French criminal law and argued that the State had failed to discharge its obligations under Article 2 of the Convention by not allowing the offence of unintentional homicide to cover injury to an unborn child. She further submitted that the remedy available in the administrative courts was ineffective as it was incapable of securing judicial acknowledgment of the homicide of her child as such. Lastly, the applicant asserted that she had had a choice between instituting criminal and administrative proceedings and that, while her recourse to the criminal courts had, unforeseeably, proved unsuccessful, the possibility of applying to the administrative courts had in the meantime become statute-barred.

44. The Court observes that an examination of the application raises the issue whether Article 2 of the Convention is applicable to the involuntary termination of pregnancy and, if so, whether that provision required a criminal remedy to be available in the circumstances of the case or whether its requirements were satisfied by the possibility of an action for damages in the administrative courts. Considered in those terms, the objections that the application is incompatible *ratione materiae* with the provisions of the Convention and that the applicant failed to exhaust domestic remedies are very closely linked to the substance of the

applicant's complaint under Article 2. Consequently, the Court considers it appropriate to join them to the merits (see, among other authorities, *Airey v. Ireland*, judgment of 9 October 1979, Series A no. 32, p. 11, § 19).

45. The application cannot therefore be declared inadmissible either as being incompatible *ratione materiae* with the provisions of the Convention or for failure to exhaust domestic remedies within the meaning of Article 35 § 1 of the Convention. The Court further considers that the application raises issues of fact and law which require examination of the merits. It accordingly concludes that the application is not manifestly ill-founded. Having also established that no other obstacle to its admissibility exists, the Court declares it admissible.

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 2 OF THE CONVENTION

46. The applicant complained of the authorities' refusal to classify the taking of her unborn child's life as unintentional homicide. She argued that the absence of criminal legislation to prevent and punish such an act breached Article 2 of the Convention, which provides:

"1. Everyone's right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law.

2. Deprivation of life shall not be regarded as inflicted in contravention of this Article when it results from the use of force which is no more than absolutely necessary:

- (a) in defence of any person from unlawful violence;
- (b) in order to effect a lawful arrest or to prevent the escape of a person lawfully detained;
- (c) in action lawfully taken for the purpose of quelling a riot or insurrection."

A. The parties' submissions

1. *The applicant*

47. The applicant asserted that the point at which life began had a universal meaning and definition. Even though that was in the nature of things, it was now scientifically proven that all life began at fertilisation. That was an experimental finding. A child that had been conceived but not yet born was neither a cluster of cells nor an object, but a person. Otherwise, it would have to be concluded that in the instant case she had not lost anything. Such an argument was unacceptable for a pregnant woman. Accordingly, the term "everyone" ("*toute personne*") in Article 2 of the Convention was to be taken to mean human beings rather than individuals with the attributes of legal personality. Indeed, that had been

the position taken by the *Conseil d'Etat* and the Court of Cassation, which, having agreed to review the compatibility of the Termination of Pregnancy Act with Article 2, had been compelled to accept that, from the first moments of its life in the womb, the unborn child came within the scope of that provision (*Conseil d'Etat* (full court), 21 December 1990, *Recueil Lebon*, p. 368; Court of Cassation (Criminal Division), 27 November 1996, *Bulletin criminel* no. 431).

48. In the applicant's submission, French law guaranteed all human beings the right to life from conception, subject to certain exceptions provided for by law in the case of abortion. In that connection, she added that all forms of abortion, with the exception of therapeutic abortion, were incompatible with Article 2 of the Convention on account of the interference with the right to life of the conceived child. Even if it were accepted that, subject to certain conditions, States could allow women to have an abortion if they requested one, the Contracting States were not at liberty to exclude the unborn child from the protection of Article 2. A distinction should be made between the rule and the exception. Section I of the Voluntary Termination of Pregnancy Act of 1975 (reproduced in Article 16 of the Civil Code and Article L. 2211-1 of the Public Health Code – see paragraph 28 above) laid down the rule, namely respect for every human being from the beginning of its life, and subsequently provided for an exception in case of necessity and in accordance with conditions defined by law. The legislature had also implicitly accepted that life began at the moment of conception by laying down a number of rules protecting the embryo *in vitro* in the laws on bioethics of 29 July 1994 (see paragraph 34 above). Accordingly, although death could in exceptional cases prevail over life, life remained the fundamental value protected by the Convention. The exception should not rule out the possibility of punishing a third party who, through negligence, caused an unborn child to die. The mother's wishes could not be equated with negligence on the part of a third party. The Court could therefore validly hold that the Contracting Parties' legislation should ensure the protection of the conceived child by making unintentional homicide of the latter a criminal offence, even if their legislation also permitted abortion.

49. The applicant pointed out that, as the Court had held, States had "a primary duty ... to secure the right to life by putting in place effective criminal-law provisions to deter the commission of offences against the person, backed up by law-enforcement machinery for the prevention, suppression and punishment of breaches of such provisions" (see *Kılıç v. Turkey*, no. 22492/93, § 62, ECHR 2000-III, and *Mahmut Kaya v. Turkey*, no. 22535/93, § 85, ECHR 2000-III). In her submission, the new line of case-law adopted by the Court in *Calvelli and Ciglio v. Italy* ([GC], no. 32967/96, § 51, ECHR 2002-I), to the effect that where the right to life had been infringed unintentionally the judicial system did not

necessarily require the provision of a criminal-law remedy, could not be followed in the instant case, because a civil remedy did not “satisfy the requirement of expressing public disapproval of a serious offence, such as the taking of life” (see the partly dissenting opinion of Judge Rozakis joined by Judges Bonello and Stráznická in the above-mentioned case). That would amount to debasing the right to life protected by Article 2. The applicant therefore considered that creating the offence of involuntary termination of pregnancy would fill the vacuum created by the Court of Cassation and would compensate for the State’s failure to fulfil its duty to protect the human being at the earliest stages of its development (see paragraph 32 above).

50. The applicant argued that she had had the option of instituting criminal or administrative proceedings and had been able to choose between the two types of court. She explained that she had chosen to bring criminal proceedings because, firstly, they were the only remedy capable of securing judicial acknowledgment of the unintentional homicide of her child as such and, secondly, because a criminal investigation aided in the task of establishing responsibility. In her submission, there had been nothing to suggest that the criminal proceedings were bound to fail, as the position adopted by the Court of Cassation in her case in 1999 and subsequently confirmed in 2001 and 2002 had by no means been definitively established, in view of the resistance shown in decisions by courts of appeal and the virtually unanimous criticism by legal writers (see paragraph 31 above). For example, in a judgment of 3 February 2000 (Reims Court of Appeal, *Dalloz* 2000, case-law, p. 873), the Court of Appeal had convicted a motorist of unintentional homicide for driving into another vehicle, seriously injuring the driver, who was eight months’ pregnant, and subsequently causing the death of the baby (see also Versailles Court of Appeal, 19 January 2000, unreported). The applicant submitted in conclusion that, on the face of it, she had had no reason to apply to the administrative courts and contended that she could not have known whether to do so until Dr G. had been acquitted by the Criminal Court. However, by that time an action against the administrative authorities had already become statute-barred. The remedy in the administrative courts could not therefore be regarded as effective within the meaning of Article 35 § 1 of the Convention.

2. *The Government*

51. After emphasising that neither metaphysics nor medicine had given a definitive answer to the question whether and from what moment a foetus was a human being, the Government asserted that from a legal standpoint Article 2 of the Convention did not protect the foetus’s right to life as a person. The use of the term “everyone” (“*toute*

personne") in Article 2 and in Articles 5, 6, 8 to 11 and 13 of the Convention was such that it could apply only postnatally (see *X v. the United Kingdom*, no. 8416/79, Commission decision of 13 May 1980, Decisions and Reports (DR) 19, p. 244). The same observation applied to Article 2 taken separately, as all the restrictions on "everyone's" right to life provided for in paragraph 2 concerned, by their very nature, persons who had already been born.

52. Nor could the "right to life" referred to in the same Article be construed as applying to the foetus; it concerned only the life of persons who had already been born alive, since it would be neither consistent nor justified to detach that right from the entity in which it was vested, namely the person. Whereas, by contrast, Article 4 § 1 of the 1969 American Convention on Human Rights provided: "Every person has the right to have his life respected. This right shall be protected by law and, in general, from the moment of conception", the signatories to the Convention would not have envisaged such an extension of Article 2 of the Convention since by 1950 virtually all the Contracting Parties had already authorised abortion in certain circumstances. To acknowledge that the foetus had the right to life within the meaning of Article 2 would place the mother's life and that of the foetus on an equal footing. Furthermore, prioritising the protection of the foetus's life or restricting it solely in the event of a severe, immediate and insurmountable risk to the mother's life would constitute a step backwards historically and socially and would call into question the legislation in force in many States Parties to the Convention.

53. The Government pointed out that the Commission had considered whether it was appropriate to recognise the foetus as having the right to life subject to certain restrictions relating to the protection of the mother's life and health (see *X v. the United Kingdom*, cited above). They submitted that such a limitation would not allow recourse to abortion for therapeutic, moral or social reasons, which at the time when the text of the Convention was being negotiated had nonetheless already been authorised by the legislation of a number of countries. It would amount to penalising States that had opted for the right to abortion as an expression and application of a woman's autonomy over her own body and her right to control her maternity. The States Parties had not intended to confer on the expression "right to life" a meaning that extended to the foetus and was manifestly contrary to their domestic legislation.

54. Having regard to the foregoing, the Government considered that the Convention was not designed to cover the foetus and that if the European States wished to ensure effective protection of the foetus's right to life, a provision separate from Article 2 would have to be drawn up. To construe Article 2 as allowing implicit exceptions to the right to life would be at variance with both the letter and the spirit of that Article.

Firstly, the permissible exceptions formed an exhaustive list, there being no other option where such a fundamental right was concerned; here, the Government referred to the *Pretty* case in which the Court had stated: “[Article 2] sets out the limited circumstances when deprivation of life may be justified” (see *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, § 37, ECHR 2002-III). Secondly, the exceptions were to be understood and construed strictly (see *Öcalan v. Turkey*, no. 46221/99, § 201, 12 March 2003).

55. The Government observed that in the instant case the applicant had undergone a therapeutic abortion as a result of acts carried out by the doctor outside the statutory period within which abortion was permitted, which had been ten weeks at the time and was now twelve weeks (see paragraphs 27-28 above). However, if the Court were to take the view that that factor rendered Article 2 applicable, and that the foetus should therefore be regarded as a person protected by that provision, they pointed out that in several European States the statutory period for abortion was more than twenty weeks, for example in the Netherlands or in England (where abortions could be carried out at up to twenty-four weeks). Unless domestic legislation and the national authorities’ margin of appreciation in this sphere were to be called into question, Article 2 could consequently not apply to the unborn child. That also meant, in the Government’s submission, that the issue of the viability of the foetus was irrelevant in the instant case. It would be paradoxical for States to have a margin of appreciation allowing them to exclude the foetus from protection under Article 2 where a pregnancy was terminated intentionally with the mother’s consent – and sometimes on that condition alone – if they were not granted the same margin of appreciation in excluding the foetus from the scope of that provision where a pregnancy was interrupted on account of unintentional negligence.

56. In the alternative, the Government pointed out that in French law the foetus was protected indirectly through the pregnant woman’s body, of which it was an extension. That was the case where abortion was carried out intentionally but not in one of the cases exhaustively listed in the relevant legislation (Article 223-10 of the Criminal Code – see paragraph 25 above), or in the event of an accident. In the latter case, the ordinary remedies for establishing civil liability could be used, and the mother could be awarded compensation for personal, pecuniary and non-pecuniary damage, her pregnant state being necessarily taken into account. Furthermore, under the criminal law, anyone who through inadvertence caused a pregnancy to be terminated could be prosecuted for causing unintentional injury, the destruction of the foetus being regarded as damage to the woman’s organs.

57. The Government argued that the applicant could have sought damages from the hospital for the doctor’s negligence within the four-year limitation period for actions for damages in the administrative

courts. They explained that victims of damage caused by public servants had two distinct remedies available. If the damage resulted from personal negligence on the part of the public servant, not intrinsically connected with the performance of his or her duties, the victim could obtain compensation by suing the person concerned in the ordinary courts, whereas if the damage resulted from negligence that disclosed failings on the part of the authority in question, the matter would be classified as official negligence and come within the jurisdiction of the administrative courts. The Government submitted that in *Epoux V.* (judgment of 10 April 1992) the *Conseil d'Etat* had abandoned its position that a hospital department could incur liability only in cases of gross negligence. Furthermore, an exception to the rule that the hospital was liable in the event of medical negligence occurred where negligence was deemed to be severable from the public service, either because it was purely personal and thus wholly unrelated to the performance of official duties – which had not been the case in this instance – or because it was intentional or exceptionally serious, amounting to inexcusable professional misconduct of such gravity that it ceased to be regarded as indissociable from the performance of the official duties in question. The Government explained that personal and official negligence were in fact usually interlinked, particularly in cases of unintentional injury or homicide. For that reason, the *Conseil d'Etat* had accepted long ago that the personal liability of a public servant did not exclude the liability of the authority to which he or she was attached (*Epoux Lemonnier*, 1918). The Government therefore considered that the applicant had had the possibility of seeking redress in the administrative courts as soon as the damage had occurred, without having to wait for the criminal proceedings to end. Such an action would have been all the more likely to succeed as, for the hospital to be held liable, only ordinary negligence had to be made out, and the expert reports ordered by the courts had referred precisely to the hospital department's organisational problems. The administrative courts could therefore legitimately have been expected to reach the same conclusion.

58. The Government asserted that that remedy had been effective and adequate in terms of the positive obligations under Article 2 of the Convention (see *Calvelli and Ciglio*, cited above) and that the applicant had, through her own inaction or negligence, deprived herself of a remedy which had nonetheless been available to her for four years from the time when the damage had occurred, and in respect of which she could have received advice from her lawyers. In *Calvelli and Ciglio* there had been no doubt that Article 2 of the Convention was applicable to a newborn child. In the instant case, in which the applicability of Article 2 was questionable, there were therefore additional reasons for considering that the possibility of using civil or administrative remedies to establish liability was sufficient. In the Government's submission, such an action for damages could

have been based on the taking of the life of the child the applicant was carrying, since the relevant case-law of the administrative courts did not appear thus far to preclude the possibility of affording embryos protection under Article 2 of the Convention (*Conseil d'Etat* (full court), *Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres*, judgment of 21 December 1990 – see paragraph 47 above). At the material time, in any event, the issue had not been clearly resolved by the *Conseil d'Etat*.

59. In conclusion, the Government considered that, even supposing that Article 2 was applicable in the instant case, that provision did not require the life of the foetus to be protected by the criminal law in the event of unintentional negligence, as was the position in many European countries.

B. Third-party interventions

1. *Center for Reproductive Rights*

60. The Center for Reproductive Rights (CRR) submitted that unborn foetuses could not be treated as persons under the law and hence covered by Article 2 of the Convention because there was no legal basis for such an approach (i), and because granting them that status would interfere with women's basic human rights (ii). Lastly, they argued that it would be inadvisable to extend rights to the foetus because the loss of a wanted foetus constituted an injury to the expectant mother (iii).

61. (i) The assertion that a foetus was a person ran counter to the case-law of the Convention institutions, the legislation of the member States of the Council of Europe, international standards and the case-law of courts throughout the world. Relying on the decisions in *X v. the United Kingdom* (Commission decision cited above), *H. v. Norway* (no. 17004/90, Commission decision of 19 May 1992, DR 73, p. 155) and, most recently, *Boso v. Italy* (no. 50490/99, ECHR 2002-VII), in which the Commission and the Court had held that granting a foetus the same rights as a person would place unreasonable limitations on the Article 2 rights of persons already born, the CRR saw no reason to depart from that conclusion unless the right to abortion in all Council of Europe member States were to be called into question.

62. The foetus was not recognised as a person in European domestic legislation or by the national courts interpreting it. The CRR drew attention to the Court of Cassation's settled position (see paragraph 29 above), which was consistent with the distinction made in French law between the concepts of "human being" and "person", the former being a biological concept and the latter a legal term attached to a legal category whose rights took effect and were perfected at birth, although in certain

circumstances the rights acquired at birth were retroactive to conception. The national courts had also addressed the issue of the legal status of the person in the context of abortion. For example, the Austrian and Netherlands Constitutional Courts had held that Article 2 should not be interpreted as protecting the unborn child, and the French Constitutional Council had found no conflict between legislation on the voluntary termination of pregnancy and the constitutional protection of the child's right to health (decision no. 74-54 of 15 January 1975). That reading was consistent with the relevant legislation throughout Europe: thirty-nine member States of the Council of Europe – the exceptions being Andorra, Ireland, Liechtenstein, Malta, Poland and San Marino, which had maintained severe restrictions on abortion (with only very narrow therapeutic exceptions) – permitted a woman to terminate a pregnancy without restriction during the first trimester or on very broad therapeutic grounds.

63. With regard to international and regional standards, the CRR observed that the International Covenant on Civil and Political Rights provided no indication that the right to life applied to a foetus. It added that the Human Rights Committee had routinely emphasised the threat to women's lives posed by illegal abortions. The same was true of the Convention on the Rights of the Child and the interpretation by the Committee on the Rights of the Child of Article 6, which provided: "Every child has the inherent right to life." On several occasions the Committee had stated its concern about the difficulties of adolescent girls in having their pregnancies terminated in safe conditions and had expressed its fears as to the impact of punitive legislation on maternal mortality rates. The case-law of the Inter-American regional system, notwithstanding Article 4 of the American Convention on Human Rights (see paragraph 52 above), did not provide absolute protection to a foetus before birth. The Inter-American Commission on Human Rights had held in *Baby Boy* (1981) that Article 4 did not preclude liberal national-level abortion legislation. Furthermore, the Organisation of African Unity had adopted the Protocol on the Rights of Women on 11 July 2003 to supplement the African Charter on Human and Peoples' Rights of 27 June 1981, broadening the protection of the right of women to terminate a pregnancy.

64. Lastly, with regard to non-European States, the CRR noted that the Supreme Courts of Canada and the United States had declined to treat unborn foetuses as persons under the law (in *Winnipeg Child Family Services v. G.* (1997) and *Roe v. Wade* (1973)). The United States Supreme Court had reaffirmed that position in a recent case in 2000 (*Stenberg v. Carhart*), in which it had declared unconstitutional a State law prohibiting certain methods of abortion and providing no protection for women's health. Similarly, in South Africa, ruling on a constitutional challenge to the recently enacted Choice on Termination of Pregnancy

Act, which permitted abortion without restriction during the first trimester and on broad grounds at later stages of pregnancy, the High Court had considered that the foetus was not a legal person (*Christian Lawyers Association of South Africa and Others v. Minister of Health and Others*, 1998).

65. (ii) In the CRR's submission, recognition of the foetus's rights interfered, in particular, with women's fundamental right to a private life. In *Brüggemann and Scheuten v. Germany* (no. 6959/75, Commission's report of 12 July 1977, DR 10, p. 100), the Commission had implicitly accepted that an absolute prohibition on abortion would be an impermissible interference with privacy rights under Article 8 of the Convention. Subsequently, while rejecting the suggestion that Article 2 protected the right to life of foetuses, the Convention institutions had further recognised that the right to respect for the private life of the pregnant woman, as the person primarily concerned by the pregnancy and its continuation or termination, prevailed over the father's rights (see paragraph 61 above). In addition to respect for private life, the preservation of the pregnant woman's life and health took precedence. In holding that restrictions on the exchange of information on abortion created a risk to the health of women whose pregnancies posed a threat to their lives, the Court had ruled that the injunction in question had been "disproportionate to the aims pursued" and that, consequently, a woman's health interest prevailed over a State's declared moral interest in protecting the rights of a foetus (see *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, judgment of 29 October 1992, Series A no. 246-A).

66. (iii) In the CRR's submission, declining to recognise the foetus as a person under Article 2 did not preclude a remedy for injuries such as the one that had given rise to the instant case. The loss of a wanted foetus was an injury suffered by the expectant mother. Consequently, the rights that were entitled to protection in the instant case were those of the applicant and not those of the foetus she had lost. It was within the power of the legislature of every Council of Europe member State to recognise both civil and criminal offences committed by individuals who injured a woman by causing the termination of a wanted pregnancy.

2. *Family Planning Association*

67. The Family Planning Association (FPA) set out primarily to argue that the right to life enshrined in Article 2 of the Convention should not be interpreted as extending to the unborn (i). In support of that argument, the FPA provided the Court with information on the current legal position on abortion in the member States of the Council of Europe (ii), and a summary of the legal status of the unborn in United Kingdom law (iii).

68. (i) The FPA pointed out that Article 2 was drafted in such a way as to allow only very limited exceptions to the prohibition it imposed on intentional deprivation of life. Voluntary termination of pregnancy was not one of those exceptions; nor could any of the exceptions be interpreted to include that practice. Recent evidence showed that voluntary termination of pregnancy on request in the first trimester was now widely accepted across Europe, as was termination on certain grounds in the second trimester. If Article 2 were interpreted as applying to the unborn from the moment of conception, as contended by the applicant, the Court would be calling into question the laws on abortion enacted in most Contracting States. Furthermore, that would render illegal the majority of methods of contraception currently in use throughout Europe, since they acted or could act after conception to prevent implantation. There would therefore be devastating implications in terms of both individual choices and lives and social policy. The English High Court had recently acknowledged that that would be the undesirable consequence if it were to accept the argument of the Society for the Protection of Unborn Children that emergency hormonal contraceptives were abortifacients because pregnancy began at conception (see *Society for the Protection of Unborn Children v. Secretary of State for Health* [2002] High Court, Administrative Court (England and Wales)).

69. The possibility that Article 2 applied to the foetus but with certain implied limitations, for example only after a critical point in time (viability or some other gestational stage) should likewise be rejected. Recent evidence showed that, beyond the broad consensus identified above, there was a complete lack of any generally accepted standard in relation to the gestational limit on the availability of abortion, the grounds on which termination was available after that point in time, or the conditions that had to be satisfied.

70. (ii) Recent survey information was available (*Abortion Legislation in Europe*, International Planned Parenthood Federation (IPPF) European Network, July 2002, and *Abortion Policies: a Global Review*, United Nations Population Division, June 2002) in relation to the legal position on abortion in the Council of Europe member States with the exception of Serbia and Montenegro. The surveys showed that four States essentially prohibited abortion, except where the pregnant woman's life was endangered (Andorra, Liechtenstein, San Marino and Ireland), whereas the great majority of member States provided for much wider access to abortion services. Such evidence of the availability of abortion across Europe was in keeping with the general trend towards the liberalisation of abortion laws. No general consensus emerged from the practice of the member States as to the period during which abortion was permitted after the first trimester or the conditions that had to be satisfied for abortion to be available in the later stages of pregnancy. Furthermore, the grounds on

which abortion was permitted without a time-limit were many and varied. The FPA accordingly contended that if Article 2 were interpreted as applying to the unborn from some particular point in time, that would call into question the legal position in a number of States where termination was available on certain grounds at a later stage than that determined by the Court.

71. (iii) It was now a settled general principle of the common law that in the United Kingdom legal personality crystallised upon birth. Up until that point, the unborn had no legal personality independent of the pregnant woman. However, despite that lack of legal personality, the interests of the unborn were often protected while they were in the womb, even though those interests could not be realised as enforceable rights until the attainment of legal personality on birth.

72. In the civil law, that specifically meant that prior to birth the unborn had no standing to bring proceedings for compensation or other judicial remedies in relation to any harm done or injury sustained while in the womb, and that no claim could be made on their behalf (*see Palon v. British Pregnancy Advisory Service Trustees* [1979] Queen's Bench Reports 276). Efforts had been made to persuade the courts dealing with such cases that according to the law of succession, the unborn could be deemed to be "born" or "persons in being" whenever their interests so demanded. However, *Burton* confirmed that that principle was also subject to the live birth of a child ([1993] Queen's Bench Reports 204, 227).

73. In the criminal law, it was well established that the unborn were not treated as legal persons for the purpose of the common-law rules of murder or manslaughter. In *Attorney-General's Reference* (no. 3, 1994), the House of Lords had concluded that injury of the unborn without a live birth could not lead to a conviction for murder, manslaughter or any other violent crime. The rights of the unborn were further protected by the criminal law on abortion. Sections 58 and 59 of the Offences against the Person Act 1861 had introduced the statutory offences of procuring abortion and procuring the means to cause abortion. Similarly, by section 1 of the Infant Life (Preservation) Act 1929 the destruction of the unborn, where capable of live birth, was a serious offence. Those Acts were still in force. Abortion and child destruction remained illegal, subject to the application of the Abortion Act 1967.

C. The Court's assessment

74. The applicant complained that she had been unable to secure the conviction of the doctor whose medical negligence had caused her to have to undergo a therapeutic abortion. It has not been disputed that she

intended to carry her pregnancy to full term and that her child was in good health. Following the material events, the applicant and her partner lodged a criminal complaint, together with an application to join the proceedings as civil parties, alleging unintentional injury to the applicant and unintentional homicide of the child she was carrying. The courts held that the prosecution of the offence of unintentional injury to the applicant was statute-barred and, quashing the Court of Appeal's judgment on the second point, the Court of Cassation held that, regard being had to the principle that the criminal law was to be strictly construed, a foetus could not be the victim of unintentional homicide. The central question raised by the application is whether the absence of a criminal remedy within the French legal system to punish the unintentional destruction of a foetus constituted a failure on the part of the State to protect by law the right to life within the meaning of Article 2 of the Convention.

1. *Existing case-law*

75. Unlike Article 4 of the American Convention on Human Rights, which provides that the right to life must be protected "in general, from the moment of conception", Article 2 of the Convention is silent as to the temporal limitations of the right to life and, in particular, does not define "everyone" ("*toute personne*") whose "life" is protected by the Convention. The Court has yet to determine the issue of the "beginning" of "everyone's right to life" within the meaning of this provision and whether the unborn child has such a right.

To date it has been raised solely in connection with laws on abortion. Abortion does not constitute one of the exceptions expressly listed in paragraph 2 of Article 2, but the Commission has expressed the opinion that it is compatible with the first sentence of Article 2 § 1 in the interests of protecting the mother's life and health because "if one assumes that this provision applies at the initial stage of the pregnancy, the abortion is covered by an implied limitation, protecting the life and health of the woman at that stage, of the 'right to life' of the foetus" (see *X v. the United Kingdom*, Commission decision cited above, p. 253).

76. Having initially refused to examine *in abstracto* the compatibility of abortion laws with Article 2 of the Convention (see *X v. Norway*, no. 867/60, Commission decision of 29 May 1961, Collection of Decisions, vol. 6, p. 34, and *X v. Austria*, no. 7045/75, Commission decision of 10 December 1976, DR 7, p. 87), the Commission acknowledged in *Brüggemann and Scheuten* (cited above) that women complaining under Article 8 of the Convention about the Constitutional Court's decision restricting the availability of abortions had standing as victims. It stated on that occasion: "... pregnancy cannot be said to pertain uniquely to the sphere of private life. Whenever a woman is pregnant her private life becomes closely connected with the

developing foetus” (ibid., p. 116, § 59). However, the Commission did not find it “necessary to decide, in this context, whether the unborn child is to be considered as ‘life’ in the sense of Article 2 of the Convention, or whether it could be regarded as an entity which under Article 8 § 2 could justify an interference ‘for the protection of others’” (ibid., p. 116, § 60). It expressed the opinion that there had been no violation of Article 8 of the Convention because “not every regulation of the termination of unwanted pregnancies constitutes an interference with the right to respect for the private life of the mother” (ibid., pp. 116-17, § 61), while emphasising: “There is no evidence that it was the intention of the Parties to the Convention to bind themselves in favour of any particular solution” (ibid., pp. 117-18, § 64).

77. In *X v. the United Kingdom* (cited above), the Commission considered an application by a man complaining that his wife had been allowed to have an abortion on health grounds. While it accepted that the potential father could be regarded as the “victim” of a violation of the right to life, it considered that the term “everyone” in several Articles of the Convention could not apply prenatally, but observed that “such application in a rare case – e.g. under Article 6, paragraph 1 – cannot be excluded” (p. 249, § 7; for such an application in connection with access to a court, see *Reeve v. the United Kingdom*, no. 24844/94, Commission decision of 30 November 1994, DR 79-A, p. 146). The Commission added that the general usage of the term “everyone” (“*toute personne*”) and the context in which it was used in Article 2 of the Convention did not include the unborn. As to the term “life” and, in particular, the beginning of life, the Commission noted a “divergence of thinking on the question of where life begins” and added: “While some believe that it starts already with conception, others tend to focus upon the moment of nidation, upon the point that the foetus becomes ‘viable’, or upon live birth” (*X v. the United Kingdom*, p. 250, § 12).

The Commission went on to examine whether Article 2 was “to be interpreted: as not covering the foetus at all; as recognising a ‘right to life’ of the foetus with certain implied limitations; or as recognising an absolute ‘right to life’ of the foetus” (ibid. p. 251, § 17). Although it did not express an opinion on the first two options, it categorically ruled out the third interpretation, having regard to the need to protect the mother’s life, which was indissociable from that of the unborn child: “The ‘life’ of the foetus is intimately connected with, and it cannot be regarded in isolation of, the life of the pregnant woman. If Article 2 were held to cover the foetus and its protection under this Article were, in the absence of any express limitation, seen as absolute, an abortion would have to be considered as prohibited even where the continuance of the pregnancy would involve a serious risk to the life of the pregnant woman. This would mean that the ‘unborn life’ of the foetus would be regarded as being of a higher value than the life of the pregnant woman” (ibid.,

p. 252, § 19). The Commission adopted that solution, noting that by 1950 practically all the Contracting Parties had “permitted abortion when necessary to save the life of the mother” and that in the meantime the national law on termination of pregnancy had “shown a tendency towards further liberalisation” (ibid., p. 252, § 20).

78. In *H. v. Norway* (cited above), concerning an abortion carried out on non-medical grounds against the father’s wishes, the Commission added that Article 2 required the State not only to refrain from taking a person’s life intentionally but also to take appropriate steps to safeguard life (p. 167). It considered that it did not have to decide “whether the foetus may enjoy a certain protection under Article 2, first sentence”, but did not exclude the possibility that “in certain circumstances this may be the case notwithstanding that there is in the Contracting States a considerable divergence of views on whether or to what extent Article 2 protects the unborn life” (ibid.). It further noted that in such a delicate area the Contracting States had to have a certain discretion, and concluded that the mother’s decision, taken in accordance with Norwegian legislation, had not exceeded that discretion (p. 168).

79. The Court has only rarely had occasion to consider the application of Article 2 to the foetus. In *Open Door and Dublin Well Woman* (cited above), the Irish Government relied on the protection of the life of the unborn child to justify their legislation prohibiting the provision of information concerning abortion facilities abroad. The only issue that was resolved was whether the restrictions on the freedom to receive and impart the information in question had been necessary in a democratic society, within the meaning of paragraph 2 of Article 10 of the Convention, to pursue the “legitimate aim of the protection of morals of which the protection in Ireland of the right to life of the unborn is one aspect” (pp. 27-28, § 63), since the Court did not consider it relevant to determine “whether a right to abortion is guaranteed under the Convention or whether the foetus is encompassed by the right to life as contained in Article 2” (p. 28, § 66). Recently, in circumstances similar to those in *H. v. Norway* (cited above), where a woman had decided to terminate her pregnancy against the father’s wishes, the Court held that it was not required to determine “whether the foetus may qualify for protection under the first sentence of Article 2 as interpreted [in the case-law relating to the positive obligation to protect life]”, and continued: “Even supposing that, in certain circumstances, the foetus might be considered to have rights protected by Article 2 of the Convention, ... in the instant case ... [the] pregnancy was terminated in conformity with section 5 of Law no. 194 of 1978” – a law which struck a fair balance between the woman’s interests and the need to ensure protection of the foetus (see *Boso*, cited above).

80. It follows from this recapitulation of the case-law that in the circumstances examined to date by the Convention institutions – that is,

in the various laws on abortion – the unborn child is not regarded as a “person” directly protected by Article 2 of the Convention and that if the unborn do have a “right” to “life”, it is implicitly limited by the mother’s rights and interests. The Convention institutions have not, however, ruled out the possibility that in certain circumstances safeguards may be extended to the unborn child. That is what appears to have been contemplated by the Commission in considering that “Article 8 § 1 cannot be interpreted as meaning that pregnancy and its termination are, as a principle, solely a matter of the private life of the mother” (see *Brüggemann and Scheuten*, cited above, pp. 116-17, § 61) and by the Court in the above-mentioned *Boso* decision. It is also clear from an examination of these cases that the issue has always been determined by weighing up various, and sometimes conflicting, rights or freedoms claimed by a woman, a mother or a father in relation to one another or *vis-à-vis* an unborn child.

2. Approach in the instant case

81. The special nature of the instant case raises a new issue. The Court is faced with a woman who intended to carry her pregnancy to term and whose unborn child was expected to be viable, at the very least in good health. Her pregnancy had to be terminated as a result of an error by a doctor and she therefore had to have a therapeutic abortion on account of negligence by a third party. The issue is consequently whether, apart from cases where the mother has requested an abortion, harming a foetus should be treated as a criminal offence in the light of Article 2 of the Convention, with a view to protecting the foetus under that Article. This requires a preliminary examination of whether it is advisable for the Court to intervene in the debate as to who is a person and when life begins, in so far as Article 2 provides that the law must protect “everyone’s right to life”.

82. As is apparent from the above recapitulation of the case-law, the interpretation of Article 2 in this connection has been informed by a clear desire to strike a balance, and the Convention institutions’ position in relation to the legal, medical, philosophical, ethical or religious dimensions of defining the human being has taken into account the various approaches to the matter at national level. This has been reflected in the consideration given to the diversity of views on the point at which life begins, of legal cultures and of national standards of protection, and the State has been left with considerable discretion in the matter, as the opinion of the European Group on Ethics in Science and New Technologies at the European Commission appositely puts it: “the ... Community authorities have to address these ethical questions taking into account the moral and philosophical differences, reflected by the extreme diver-

sity of legal rules applicable to human embryo research ... It is not only legally difficult to seek harmonisation of national laws at Community level, but because of lack of consensus, it would be inappropriate to impose one exclusive moral code" (see paragraph 40 above).

It follows that the issue of when the right to life begins comes within the margin of appreciation which the Court generally considers that States should enjoy in this sphere, notwithstanding an evolutive interpretation of the Convention, a "living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions" (see *Tyrer v. the United Kingdom*, judgment of 25 April 1978, Series A no. 26, pp. 15-16, § 31, and subsequent case-law). The reasons for that conclusion are, firstly, that the issue of such protection has not been resolved within the majority of the Contracting States themselves, in France in particular, where it is the subject of debate (see paragraph 83 below) and, secondly, that there is no European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life (see paragraph 84 below).

83. The Court observes that the French Court of Cassation, in three successive judgments delivered in 1999, 2001 and 2002 (see paragraphs 22 and 29 above), considered that the rule that offences and punishment must be defined by law, which required criminal statutes to be construed strictly, excluded acts causing a fatal injury to a foetus from the scope of Article 221-6 of the Criminal Code, under which unintentional homicide of "another" is an offence. However, if, as a result of unintentional negligence, the mother gives birth to a live child who dies shortly after being born, the person responsible may be convicted of the unintentional homicide of the child (see paragraph 30 above). The first-mentioned approach, which conflicts with that of several courts of appeal (see paragraphs 21 and 50 above), was interpreted as an invitation to the legislature to fill a legal vacuum. That was also the position of the Criminal Court in the instant case: "The court ... cannot create law on an issue which [the legislature has] not yet succeeded in defining." The French parliament attempted such a definition in proposing to create the offence of involuntary termination of pregnancy (see paragraph 32 above), but the bill containing that proposal was lost, on account of the fears and uncertainties that the creation of the offence might arouse as to the determination of when life began, and the disadvantages of the proposal, which were thought to outweigh its advantages (see paragraph 33 above). The Court further notes that alongside the Court of Cassation's repeated rulings that Article 221-6 of the Criminal Code does not apply to foetuses, the French parliament is currently revising the 1994 laws on bioethics, which added provisions to the Criminal Code on the protection of the human embryo (see paragraph 25 above) and required re-examination in the light of scientific and technological progress (see paragraph 34 above). It is clear from this overview that in France the nature and legal status of

the embryo and/or foetus are currently not defined and that the manner in which it is to be protected will be determined by very varied forces within French society.

84. At European level, the Court observes that there is no consensus on the nature and status of the embryo and/or foetus (see paragraphs 39-40 above), although they are beginning to receive some protection in the light of scientific progress and the potential consequences of research into genetic engineering, medically assisted procreation or embryo experimentation. At best, it may be regarded as common ground between States that the embryo/foetus belongs to the human race. The potentiality of that being and its capacity to become a person – enjoying protection under the civil law, moreover, in many States, such as France, in the context of inheritance and gifts, and also in the United Kingdom (see paragraph 72 above) – require protection in the name of human dignity, without making it a “person” with the “right to life” for the purposes of Article 2. The Oviedo Convention on Human Rights and Biomedicine, indeed, is careful not to give a definition of the term “everyone”, and its explanatory report indicates that, in the absence of a unanimous agreement on the definition, the member States decided to allow domestic law to provide clarification for the purposes of the application of that Convention (see paragraph 36 above). The same is true of the Additional Protocol on the Prohibition of Cloning Human Beings and the Additional Protocol on Biomedical Research, which do not define the concept of “human being” (see paragraphs 37-38 above). It is worth noting that the Court may be requested under Article 29 of the Oviedo Convention to give advisory opinions on the interpretation of that instrument.

85. Having regard to the foregoing, the Court is convinced that it is neither desirable, nor even possible as matters stand, to answer in the abstract the question whether the unborn child is a person for the purposes of Article 2 of the Convention (“*personne*” in the French text). As to the instant case, it considers it unnecessary to examine whether the abrupt end to the applicant’s pregnancy falls within the scope of Article 2, seeing that, even assuming that that provision was applicable, there was no failure on the part of the respondent State to comply with the requirements relating to the preservation of life in the public-health sphere. With regard to that issue, the Court has considered whether the legal protection afforded the applicant by France in respect of the loss of the unborn child she was carrying satisfied the procedural requirements inherent in Article 2 of the Convention.

86. In that connection, it observes that the unborn child’s lack of a clear legal status does not necessarily deprive it of all protection under French law. However, in the circumstances of the present case, the life of the foetus was intimately connected with that of the mother and could be protected through her, especially as there was no conflict between the

rights of the mother and the father or of the unborn child and the parents, the loss of the foetus having been caused by the unintentional negligence of a third party.

87. In *Boso*, cited above, the Court said that even supposing that the foetus might be considered to have rights protected by Article 2 of the Convention (see paragraph 79 above), Italian law on the voluntary termination of pregnancy struck a fair balance between the woman's interests and the need to ensure protection of the unborn child. In the present case, the dispute concerns the involuntary killing of an unborn child against the mother's wishes, causing her particular suffering. The interests of the mother and the child clearly coincided. The Court must therefore examine, from the standpoint of the effectiveness of existing remedies, the protection which the applicant was afforded in seeking to establish the liability of the doctor concerned for the loss of her child *in utero* and to obtain compensation for the abortion she had to undergo. The applicant argued that only a criminal remedy would have been capable of satisfying the requirements of Article 2 of the Convention. The Court does not share that view, for the following reasons.

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

89. Those principles apply in the public-health sphere too. The positive obligations require States to make regulations compelling hospitals, whether private or public, to adopt appropriate measures for the protection of patients' lives. They also require an effective independent judicial system to be set up so that the cause of death of patients in the care of the medical profession, whether in the public or the private sector, can be determined and those responsible made accountable (see *Powell v. the United Kingdom* (dec.), no. 45305/99, ECHR 2000-V, and *Calvelli and Ciglio*, cited above, § 49).

90. Although the right to have third parties prosecuted or sentenced for a criminal offence cannot be asserted independently (see *Perez v. France* [GC], no. 47287/99, § 70, ECHR 2004-I), the Court has stated on a number of occasions that an effective judicial system, as required by Article 2, may, and under certain circumstances must, include recourse to the criminal law. However, if the infringement of the right to life or to physical integrity is not caused intentionally, the positive obligation

imposed by Article 2 to set up an effective judicial system does not necessarily require the provision of a criminal-law remedy in every case. In the specific sphere of medical negligence, “the obligation may for instance also be satisfied if the legal system affords victims a remedy in the civil courts, either alone or in conjunction with a remedy in the criminal courts, enabling any liability of the doctors concerned to be established and any appropriate civil redress, such as an order for damages and for the publication of the decision, to be obtained. Disciplinary measures may also be envisaged” (see *Calvelli and Ciglio*, cited above, § 51; *Lazzarini and Ghiacci v. Italy* (dec.), no. 53749/00, 7 November 2002; and *Mastromatteo v. Italy* [GC], no. 37703/97, § 90, ECHR 2002-VIII).

91. In the instant case, in addition to the criminal proceedings which the applicant instituted against the doctor for unintentionally causing her injury – which, admittedly, were terminated because the offence was covered by an amnesty, a fact that did not give rise to any complaint on her part – she had the possibility of bringing an action for damages against the authorities on account of the doctor’s alleged negligence (see *Kress v. France* [GC], no. 39594/98, §§ 14 et seq., ECHR 2001-VI). Had she done so, the applicant would have been entitled to have an adversarial hearing on her allegations of negligence (see *Powell*, cited above) and to obtain redress for any damage sustained. A claim for compensation in the administrative courts would have had fair prospects of success and the applicant could have obtained damages from the hospital. That is apparent from the findings clearly set out in the expert reports (see paragraph 16 above) in 1992 – before the action had become statute-barred – concerning the poor organisation of the hospital department in question and the serious negligence on the doctor’s part, which nonetheless, in the Court of Appeal’s opinion (see paragraph 21 above), did not reflect a total disregard for the most fundamental principles and duties of his profession such as to render him personally liable.

92. The applicant’s submission concerning the fact that the action for damages in the administrative courts was statute-barred cannot succeed in the Court’s view. In this connection, it refers to its case-law to the effect that the “right to a court”, of which the right of access is one aspect, is not absolute; it is subject to limitations permitted by implication, in particular where the conditions of admissibility of an appeal are concerned, since by its very nature it calls for regulation by the State, which enjoys a certain margin of appreciation in this regard (see, among other authorities, *Brualla Gómez de la Torre v. Spain*, judgment of 19 December 1997, *Reports* 1997-VIII, p. 2955, § 33). These legitimate restrictions include the imposition of statutory limitation periods, which, as the Court has held in personal injury cases, “serve several important purposes, namely to ensure legal certainty and finality, protect potential defendants from stale claims which might be difficult to counter and prevent the injustice which might

arise if courts were required to decide upon events which took place in the distant past on the basis of evidence which might have become unreliable and incomplete because of the passage of time” (see *Stubbings and Others v. the United Kingdom*, judgment of 22 October 1996, *Reports* 1996-IV, pp. 1502-03, § 51).

93. In the instant case, a four-year limitation period does not in itself seem unduly short, particularly in view of the seriousness of the damage suffered by the applicant and her immediate desire to prosecute the doctor. However, the evidence indicates that the applicant deliberately turned to the criminal courts, apparently without ever being informed of the possibility of applying to the administrative courts. Admittedly, the French parliament recently extended the time allowed to ten years under the Law of 4 March 2002 (see paragraph 28 above). It did so with a view to standardising limitation periods for actions for damages in all courts, whether administrative or ordinary. This enables the general emergence of a system increasingly favourable to victims of medical negligence to be taken into account, an area in which the administrative courts appear capable of striking an appropriate balance between consideration of the damage to be redressed and the excessive “judicialisation” of the responsibilities of the medical profession. The Court does not consider, however, that these new rules can be said to imply that the previous period of four years was too short.

94. In conclusion, the Court considers that in the circumstances of the case an action for damages in the administrative courts could be regarded as an effective remedy that was available to the applicant. Such an action, which she failed to use, would have enabled her to prove the medical negligence she alleged and to obtain full redress for the damage resulting from the doctor’s negligence, and there was therefore no need to institute criminal proceedings in the instant case.

95. The Court accordingly concludes that, even assuming that Article 2 was applicable in the instant case (see paragraph 85 above), there has been no violation of Article 2 of the Convention.

FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Joins to the merits* unanimously the Government’s preliminary objections of the application’s incompatibility *ratione materiae* with the provisions of the Convention and of failure to exhaust domestic remedies, and *dismisses* them;
2. *Declares* unanimously the application admissible;
3. *Holds* by fourteen votes to three that there has been no violation of Article 2 of the Convention.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 8 July 2004.

Luzius WILDHABER
President

Paul MAHONEY
Registrar

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

- (a) separate opinion of Mr Rozakis joined by Mr Caflisch, Mr Fischbach, Mr Lorenzen and Mrs Thomassen;
- (b) separate opinion of Mr Costa joined by Mr Traja;
- (c) dissenting opinion of Mr Ress;
- (d) dissenting opinion of Mrs Mularoni joined by Mrs Strážnická.

L.W.
P.J.M.

SEPARATE OPINION OF JUDGE ROZAKIS
JOINED BY JUDGES CAFLISCH, FISCHBACH, LORENZEN
AND THOMASSEN

I have voted, together with the majority of the Grand Chamber, in favour of finding that there has been no violation of Article 2 of the Convention in the instant case. Yet, my approach differs in certain respects from that of the majority and I would therefore like to append to the judgment this separate opinion setting out the points on which my assessment of the law is at variance with that of the majority.

The Court in this case correctly stresses that research into French domestic law shows that the nature and legal status of the embryo and/or foetus are currently not defined in France and that the manner in which it is to be protected will ultimately be determined by very varied forces within French society (see paragraph 83 *in fine* of the judgment). It also stresses (and this was a forceful argument in the eyes of the Court) that at European level there is no consensus on the nature and status of the embryo and/or foetus and, at best, “it may be regarded as common ground between States that the embryo/foetus belongs to the human race. The potentiality of that being and its capacity to become a person – enjoying protection under the civil law, moreover, in many States, such as France, in the context of inheritance and gifts, and also in the United Kingdom – require protection in the name of human dignity, without making it a ‘person’ with the ‘right to life’ for the purposes of Article 2” (see paragraph 84 of the judgment).

Despite these findings, with which I readily agree, the Court refuses to draw the relevant conclusions, namely that in the present state of development of science, law and morals, both in France and across Europe, the right to life of the unborn child has yet to be secured. Even if one accepts that life begins before birth, that does not automatically and unconditionally confer on this form of human life a right to life equivalent to the corresponding right of a child after its birth. This does not mean that the unborn child does not enjoy any protection by human society, since – as the relevant legislation of European States, and European agreements and relevant documents show – the unborn life is already considered to be worthy of protection. But as I read the relevant legal instruments, this protection, though afforded to a being considered worthy of it, is, as stated above, distinct from that given to a child after birth, and far narrower in scope. It consequently transpires from the present stage of development of the law and morals in Europe that the life of the unborn child, although protected in some of its attributes, cannot be equated to postnatal life, and, therefore, does not enjoy a right in the sense of “a right to life”, as

protected by Article 2 of the Convention. Hence, there is a problem of applicability of Article 2 in the circumstances of the case.

Instead of reaching that unavoidable conclusion, as the very reasoning of the judgment dictated, the majority of the Grand Chamber opted for a neutral stance, declaring: “the Court is convinced that it is neither desirable, nor even possible as matters stand, to answer in the abstract the question whether the unborn child is a person for the purposes of Article 2 of the Convention” (see paragraph 85 of the judgment).

What also seems problematic with the majority’s reasoning is that, despite their obvious doubts or, at any rate, their reluctance to accept that Article 2 was applicable in this case, the majority ended up abandoning their neutral stance and based their finding of no violation on the argument that the procedural guarantees inherent in the protection of Article 2 had been satisfied in the circumstances of the case. By using the “even assuming” formula as to the applicability of Article 2, and by linking the life of the foetus to the life of the mother (“the life of the foetus was intimately connected with that of the mother and could be protected through her ...” – see paragraph 86 of the judgment), the majority surreptitiously brought Article 2 of the Convention to the fore of the case. Yet, it is obvious from the case-law that reliance on the procedural guarantees of Article 2 to determine whether or not there has been a violation presupposes the *prima facie* applicability of that Article (and using the “even assuming” formula does not alter the position if, in the end, the only real ground for the Court’s findings is the hypothesis referred to in the formula); and in the circumstances of the case there was not even the remotest threat to the mother’s right of life such as would justify bringing the procedural guarantees of Article 2 of the Convention into play.

For the reasons explained above, I am unable to agree with the reasoning of the majority and conclude that, as matters presently stand, Article 2 is inapplicable in this case.

SEPARATE OPINION OF JUDGE COSTA JOINED BY JUDGE TRAJA

(Translation)

1. In this case, in which a doctor's negligence caused a pregnancy to be terminated after almost six months against the wishes of the woman carrying the unborn child, the Court has found no violation of Article 2 of the Convention.

2. Its reasoning, however, is cautious: the Court decided that it was unnecessary to determine whether Article 2 was applicable, holding that even assuming it was, there has been no violation on the facts.

3. I voted in favour of finding no violation of Article 2, but would have preferred the Court to hold that Article 2 was applicable, even if such a conclusion is not self-evident. As I will attempt to demonstrate, such a decision would perhaps have been clearer with only minimal inconvenience as regards the scope of the judgment.

4. It seems to me, firstly, that it is not the Court's role *as a collegiate body* to consider cases from a primarily ethical or philosophical standpoint (and, in my view, it has successfully avoided this pitfall in this judgment). The Court must endeavour to remain within its own – legal – sphere of competence, although I accept that law does not exist in a vacuum and is not a chemically pure substance detached from moral or societal considerations. Whether or not they choose to express their personal opinions as Article 45 of the Convention entitles (but does not oblige) them to do, individual judges are not, in my opinion, subject to the same constraints. The present case enters into the realm of deep personal convictions and for my part I thought it necessary and perhaps helpful to set out my views. As the reader will have understood, they differ slightly from those of the majority.

5. From the ethical standpoint, the most natural way to attempt to interpret Article 2 of the Convention ("everyone's right to life shall be protected by law" – "*le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi*" in the French text) is to ask what is meant by "everyone" ("*toute personne*") and when life begins. It is very difficult to obtain unanimity or agreement here, as ethics are too heavily dependent on individual ideology. In France, the National Advisory Committee, which has been doing a remarkable job for the past twenty years and has issued a number of opinions on the human embryo (a term it generally prefers to "foetus" at all stages of development), has not been able to come up with a definitive answer to these questions. This is only to be expected, particularly bearing in mind the Committee's composition, which President Mitterrand decided at its inception should be pluralist. To say (as the Committee has done since

issuing its first opinion in 1984) that “the embryo must be *recognised as a potential human person*” does not solve the problem because a being that is recognised as potential is not necessarily a being and may in fact, by converse implication, not be one. As to life and, therefore, the point at which life begins, everybody has his or her own conception (see the Committee’s fifth opinion, issued in 1985). All this shows is that there perhaps exists a right for a potential person to a potential life; for lawyers, however, there is a world of difference between the potential and the actual.

6. What is true for the ethical bodies of States such as the respondent State is also true internationally. The judgment rightly notes that the Oviedo Convention on Human Rights and Biomedicine (a Council of Europe sponsored instrument signed in 1997) does not define what is meant by “everyone”. Nor does it provide any definition of “human being”, despite the importance it attaches to the dignity, identity, primacy, interests and welfare of human beings. Nor is there any reference to the beginning of life.

7. Does the present inability of ethics to reach a consensus on what is a person and who is entitled to the right to life prevent the law from defining these terms? I think not. It is the task of lawyers, and in particular judges, especially human rights judges, to identify the *notions* – which may, if necessary, be the autonomous notions the Court has always been prepared to use – that correspond to the words or expressions in the relevant legal instruments (in the Court’s case, the Convention and its Protocols). Why should the Court not deal with the terms “everyone” and the “right to life” (which the European Convention on Human Rights does not define) in the same way it has done from its inception with the terms “civil rights and obligations”, “criminal charges” and “tribunals”, even if we are here concerned with philosophical, not technical, concepts?

8. Indeed, the Court has already embarked upon this course in the sphere of Article 2, at least as regards the right to life, for instance, by imposing positive obligations on States to protect human life, or holding that in exceptional circumstances the use of potentially lethal force by State agents may lead to a finding of a violation of Article 2. Through its case-law, therefore, the Court has broadened the notions of the right to life and unlawful killing, if not the notion of life itself.

9. Conversely, I do not believe that it is possible to take the convenient way out by saying that Mrs Vo, a “person”, had a right to life (of her unborn child). It is true that the notion of who constitutes a victim has been enlarged by the case-law: a complaint by a nephew alleging a violation of Article 2 on account of his uncle’s murder has thus been declared admissible (see *Yaşa v. Turkey*, judgment of 2 September 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VI). However, in the instant case, the Court is concerned with a pleaded right to life of the unborn child and this type of

decision can only apply to the applicant's case if it is accepted that the unborn child itself has a right to life, since, in order to be a victim within the meaning of Article 34 of the Convention, Mrs Vo must also be a victim of a violation that is recognised by the Convention, *quod est demonstrandum*.

10. Indeed, it seems to me that the Commission and the Court have already worked on the assumption that Article 2 is applicable to the unborn child (without, however, affirming that the unborn child *is* a person). In a number of cases they have held that, even if they did not have to decide the question of applicability, there was in any event no violation of Article 2 on the facts, for instance in the case of a termination of pregnancy in accordance with legislation “which struck a fair balance between the woman's interests and the need to ensure protection of the foetus” (see *Boso v. Italy* (dec.), no. 50490/99, ECHR 2002-VII, which is cited in the judgment; but also, in less forthright terms, the Commission's decision of 19 May 1992 in another cited case, *H. v. Norway*, no. 17004/90, Decisions and Reports 73). Had Article 2 been considered to be entirely inapplicable, there would have been no point – and this applies to the present case also – in examining the question of foetal protection and the possible violation of Article 2, or in using this reasoning to find that there had been no violation of that provision.

11. It is possible to turn to the law of the respondent State, not because it is a model to be imposed on others, but because it is directly in issue in the present case. As far back as 1990, the *Conseil d'Etat* held that the French Voluntary Termination of Pregnancy Act (which the Constitutional Council had declared in its decision no. 74-54 DC of 15 January 1975 was not unconstitutional, while at the same time declining jurisdiction to examine its compatibility with the Convention) was not incompatible with Article 2 of the Convention or Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights (which provides: “Every human being has the inherent right to life. This right shall be protected by law ...”). Above all, the *Conseil d'Etat* thereby recognised unambiguously, albeit implicitly, that that Act came within the scope of Article 2 (see its decision of 21 December 1990, *Confédération nationale des associations familiales catholiques*, *Recueil Lebon*, p. 369, and the submissions of Mr Bernard Stirn, which clarify it).

12. To my mind, this judgment of the highest French administrative court demonstrates that a decision by the European Court of Human Rights in which it is plainly stated that the “end of life” of an unborn child is within the scope of Article 2 of the Convention would not threaten – at least not in essence – the domestic legislation of a large number of European countries that makes the voluntary termination of pregnancy lawful, subject, of course, to compliance with certain conditions. In a number of European States, such legislation has been held to be consistent with the domestic Constitution and even with Article 2 of the

Convention. The Norwegian Supreme Court so found in 1983. The German Federal Constitutional Court and the Spanish Constitutional Court have also accepted that the right to life, as protected by Article 2 of the Convention, can apply to the embryo or the foetus (the question whether that right is *absolute* being a separate issue). These are examples of decisions in which the highest courts of individual countries have recognised that the right to life, whether set out in Article 2 of the European Convention on Human Rights or enshrined in domestic constitutional principles of like content and scope, *applies* to the foetus, without being absolute. Is there any reason why the Court, which aspires to the role of a constitutional court within the European human rights order, should be less bold?

13. Obviously, were the Court to rule that Article 2 was applicable, either on its wording or in substance, it would have to examine *in any event* (and not just on the facts of the individual case as here) whether or not it had been complied with. This, though, should not be of concern to it either. In the aforementioned *Boso* decision, it applied the “fair balance” test to the impugned statute, so that it would have had to reach the opposite conclusion had the legislation been different and not struck a fair balance between the protection of the foetus and the mother’s interests. Potentially, therefore, the Court reviews compliance with Article 2 in all cases in which the “life” of the foetus is destroyed.

14. Similarly, it might be contended that, since Article 15 of the Convention states that no derogation may be made from Article 2, it would be preposterous for the Court to find that Article 2 is not absolute, or is subject to implied exceptions other than those exhaustively set out in the second paragraph thereof. This would militate in favour of holding that Article 2 does not apply to the unborn child (as the unborn child is not one of the exceptions set out in the second paragraph). However, I am not persuaded by either of these two arguments. The non-derogation rule only prohibits States Parties that derogate from the Convention in time of war or other public emergency, as they are entitled to do by Article 15, from infringing Article 2. However, quite clearly situations and exceptional circumstances of this kind are quite unrelated to the killing of an unborn child. More disconcerting from a logical perspective is an argument based on the actual wording of Article 2. However, not only has the Court already decided the point (as it indisputably did in *Boso*), Article 2 cannot be conclusively construed as clearly prohibiting all voluntary terminations of pregnancy, if only because a number of Contracting States have ratified the Convention without any apparent problem, despite already possessing legislation permitting voluntary termination in certain circumstances. Even more persuasive when it comes to an evolutive interpretation of Article 2 is the fact that a large number of European countries passed legislation in the 1970s permitting the voluntary termination of pregnancy within a strict framework.

15. As regards the potential effects of finding Article 2 applicable, it could perhaps be objected, conversely, that the present case can be distinguished from the voluntary termination of pregnancy cases and that the destruction of a foetus as a result of medical error, or any other negligent act or omission, is different from termination at the request of the mother in distress herself. In other words, those who, in the name of women's freedom of choice, defend the principle of voluntary termination of pregnancy might fear that such legislation would indirectly be at risk if Article 2 were found to be applicable. It is true that the "Garraud amendment", which is mentioned in the judgment and was finally withdrawn from Parliament, was fiercely opposed by sections of French society, in particular (but not only) supporters of the Voluntary Termination of Pregnancy Act, precisely for this reason (as it was intended to create an offence of involuntary termination of pregnancy).

16. However, I do not believe that such fears are legitimately justified, if only because a woman who loses her unborn child against her wishes and sees her hopes of maternity dashed is in an entirely different situation from a woman resigned – albeit likewise in circumstances of suffering and bereavement – to ask for her pregnancy to be brought to an end. In any event, it is not a judicial decision (on the applicability or otherwise of Article 2 of the Convention) which will resolve this ethical debate, still less justify society's policy choices. In addition, since *Vo v. France* does not require States to afford *criminal-law* protection against the risk of the loss of the foetus (and on that I agree), it does not, in any event, plead in favour of making the involuntary termination of pregnancy a criminal offence.

17. In sum, I see no good legal reason or decisive policy consideration for not applying Article 2 in the present case. On a general level, I believe (as do many senior judicial bodies in Europe) that there is life before birth, within the meaning of Article 2, that the law must therefore protect such life, and that if a national legislature considers that such protection cannot be absolute, then it should only derogate from it, particularly as regards the voluntary termination of pregnancy, within a regulated framework that limits the scope of the derogation. The actual circumstances of Mrs Vo's case made it all the more appropriate to find that Article 2 was applicable: she was six months' pregnant (compare this – purely for illustration purposes – with the German Federal Constitutional Court's view that life begins after fourteen days' gestation), there was every prospect that the foetus would be born viable and, lastly, the pregnancy was clearly ended by an act of negligence, against the applicant's wishes.

18. I have nothing further to add, since, with minor differences, I agree with what the judgment has to say in finding that there has been no violation of Article 2.

DISSENTING OPINION OF JUDGE RESS

(Translation)

1. France's positive obligation to protect unborn children against unintentional homicide, that is to say against negligent acts that could cause a child's death, can only be discharged if French law has effective procedures in place to prevent the recurrence of such acts. On this point, I am unable to agree with the opinion expressed by the majority that an action in damages in the administrative courts (on account of the hospital doctor's alleged negligence) afforded the unborn child adequate and effective protection against medical negligence. As Judge Rozakis, joined by Judges Bonello and Stráznická, pointed out in his partly dissenting opinion in *Calvelli and Ciglio v. Italy* ([GC], no. 32967/96, ECHR 2002-I), an action in pecuniary and even non-pecuniary damages will not in all circumstances be capable of protecting against the unintentional taking of life, especially in a case such as the present one in which a mother lost her child as a result of a doctor's negligence. Even though I accepted the outcome in *Calvelli and Ciglio*, which was based on the fact that the applicants had agreed to compensation under a friendly settlement, criminal proceedings were commenced in that case (although they were not continued because prosecution of the offence became time-barred).

It is not retribution that makes protection by the criminal law desirable, but deterrence. In general, it is through the criminal law that society most clearly and strictly conveys messages to its members and identifies values that are most in need of protection. Life, which is one of the values, if not the main value, protected by the Convention (see *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany* [GC], nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98, §§ 92-94, ECHR 2001-II, and *McCann and Others v. the United Kingdom*, judgment of 27 September 1995, Series A no. 324, pp. 45-46, § 147), will in principle require the protection of the criminal law if it is to be adequately safeguarded and defended. Financial liability to pay compensation is only a secondary form of protection. In addition, hospitals and doctors are usually insured against such risks, so that the "pressure" on them is reduced.

2. One might consider that imposing a disciplinary penalty on a doctor could be regarded as equivalent to imposing a criminal penalty in certain circumstances. Disciplinary measures were viewed as an alternative means of discouraging negligence in *Calvelli and Ciglio* (cited above, § 51). However, it is equally clear that, as unpleasant as the consequences may be professionally, a disciplinary penalty does not amount to general condemnation (*Unwerturteil*). Disciplinary penalties depend on conditions that are entirely specific to the profession concerned (the bodies being self-

regulating) and in general do not afford the deterrence necessary to protect such an important value as life. Nevertheless, the question has to be asked whether in the present case a disciplinary penalty for such a serious error could have provided sufficient deterrence. Here, though, is where the problem lies, as the authorities at no stage brought disciplinary proceedings against the doctor. For an error as serious as that committed by Dr G., such disciplinary proceedings accompanied by an adequate measure could at least have sent an appropriate signal to the medical profession to prevent the recurrence of such tragic events. I do not think it necessary to say that France requires criminal legislation. However, it does need to take strict disciplinary action in order to meet its obligation to afford effective protection of the life of the unborn child. In my opinion, therefore, there was no effective protection.

3. In order to reach that conclusion, it seems necessary to find out whether Article 2 applies to the unborn child. I am prepared to accept that there may be acceptable differences in the level of protection afforded to an embryo and to a child after birth. Nevertheless, that does not justify the conclusion (see paragraph 85 of the judgment) that it is not possible to answer in the abstract the question whether the unborn child is a person for the purposes of Article 2 of the Convention. All the Court's case-law and the Commission's decisions (see paragraphs 75-80) are based on the "assuming that" argument (*in eventu*). Yet the failure to give a clear answer can no longer be justified by reasons of procedural economy. Nor can the problem of protecting the embryo through the Convention be solved solely through the protection of the mother's life. As this case illustrates, the embryo and the mother, as two separate "human beings", need separate protection.

4. The Vienna Convention on the Law of Treaties (Article 31 § 1) requires treaties to be interpreted in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its objects and purpose. The ordinary meaning can only be established from the text as a whole. Historically, lawyers have understood the notion of "everyone" ("*toute personne*") as including the human being before birth and, above all, the notion of "life" as covering all human life commencing with conception, that is to say from the moment an *independent existence* develops until it ends with death, birth being but a stage in that development.

The structure of Article 2 and, above all, the exceptions set out in paragraph 2 thereof, appear to indicate that persons are only entitled to protection thereunder once they have been born and that it is only after birth that they are regarded as having rights under the Convention. In view of the "aim" of the Convention to provide extended protection, this does not appear to be a conclusive argument. Firstly, a foetus may enjoy protection, especially within the framework of Article 8 § 2 (see *Odièvre*

v. France [GC], no. 42326/98, § 45, ECHR 2003-III). In addition, the decisions of the Commission and the Court contain indications that Article 2 is applicable to the unborn child. In all the cases in which that issue has been considered, the Commission and the Court have developed a concept of an implied limitation or of a fair balance between the interests of society and the interests of the individual, that is to say the mother or the unborn child. Admittedly, these concepts were developed in connection with legislation on the voluntary, but not the involuntary, termination of pregnancy. However, it is clear that they would not have been necessary if the Convention institutions had considered at the outset that Article 2 could not apply to the unborn child. Even though the Commission and the Court have left the question open formally, such a legal structure proves that both institutions were inclined to adopt the ordinary meaning of “human life” and “everyone” rather than the other meaning.

Similarly, the practice of the Contracting States, virtually all of which had constitutional problems with their laws on abortion (voluntary termination of pregnancy), clearly shows that the protection of life also extends in principle to the foetus. Specific laws on voluntary abortion would not have been necessary if the foetus did not have a life to protect and was fully dependent till birth on the unrestricted wishes of the pregnant mother. Nearly all the Contracting States have had problems because, in principle, the protection of life under their constitutional law also extends to the prenatal stage.

5. It is obvious that the premise of the debate on genetic safeguards in a number of recent conventions and the prohibition on the reproductive cloning of “human beings” in the Charter of Fundamental Rights of the European Union (Article 3 § 2, final sub-paragraph) is that the protection of life extends to the initial phase of human life. The Convention, which was conceived as a living instrument to be interpreted in the light of present-day conditions in society, must take such a development into account in order to confirm the “ordinary meaning”, in accordance with Article 32 of the Vienna Convention.

Even if it is assumed that the ordinary meaning of “human life” in Article 2 of the Convention is not entirely clear and can be interpreted in different ways, the obligation to protect human life requires more extensive protection, particularly in view of the techniques available for genetic manipulation and the unlimited production of embryos for various purposes. The manner in which Article 2 is interpreted must evolve in accordance with these developments and constraints and confront the real dangers now facing human life. Any restriction on such a dynamic interpretation must take into account the relationship between the life of a person who has been born and the unborn life, which means that protecting the foetus to the mother’s detriment would be unacceptable.

6. The fact that various provisions of the Convention contain guarantees which by their nature cannot extend to the unborn cannot alter that position. If, by their very nature, the scope of such provisions can only extend to natural persons or legal entities, or to persons who have been born or are adults, that does not preclude the conclusion that other provisions such as the first sentence of Article 2 incorporate protection for the lives of human beings in the initial stage of their development.

7. It should be noted that the present case is wholly unrelated to laws on the voluntary termination of pregnancy. That is a separate issue which is fundamentally different from interference, against the mother's wishes, in the life and welfare of her child. The present case concerns wrongdoing by a third party resulting in the loss of a foetus, if not the death of the mother, whereas voluntary abortion is solely concerned with the relationship between the mother and the child and the question of their protection by the State. Although holding that Article 2 applies to human life before birth may have repercussions on the laws regulating the voluntary termination of pregnancy, that is not a reason for saying that Article 2 is not applicable. Quite the opposite.

Furthermore, it is not necessary in the instant case to decide when life begins. It was noted that the 21-week-old foetus was viable, although I believe that the notion of viability cannot limit the States' positive obligation to protect the unborn child against interference and negligence by doctors.

8. There can be no margin of appreciation on the issue of the applicability of Article 2. A margin of appreciation may, in my opinion, exist to determine the measures that should be taken to discharge the positive obligation that arises because Article 2 is applicable, but it is not possible to restrict the applicability of Article 2 by reference to a margin of appreciation. The question of the interpretation or applicability of Article 2 (an absolute right) cannot depend on a margin of appreciation. If Article 2 is applicable, any margin of appreciation will be confined to the effect thereof.

9. Since I consider that Article 2 applies to human beings even before they are born, an interpretation which seems to me to be consistent with the approach of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, and since France does not afford sufficient protection to the foetus against the negligent acts of third parties, I find that there has been a violation of Article 2 of the Convention. As regards the specific measures necessary to discharge that positive obligation, that is a matter for the respondent State, which should either take strict disciplinary measures or afford the protection of the criminal law (against unintentional homicide).

DISSENTING OPINION OF JUDGE MULARONI
JOINED BY JUDGE STRÁŽNICKÁ

(Translation)

I am unable to concur with the majority's finding that there has been no violation of Article 2 of the Convention because the applicant could have brought an action in negligence in the administrative courts for the damage caused by the hospital doctor (see paragraph 91 of the judgment). According to the majority, since the applicant did not bring such an action, there was no violation of Article 2.

I agree with the majority that it is necessary to consider "whether the legal protection afforded the applicant by France in respect of the loss of the unborn child she was carrying satisfied the procedural requirements inherent in Article 2 of the Convention" (see paragraph 85 of the judgment) and that "the first sentence of Article 2, which ranks as one of the most fundamental provisions in the Convention and also enshrines one of the basic values of the democratic societies making up the Council of Europe (see *McCann and Others v. the United Kingdom*, judgment of 27 September 1995, Series A no. 324, pp. 45-46, § 147), requires the State not only to refrain from the 'intentional' taking of life, but also to take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction (see, among other authorities, *L.C.B. v. the United Kingdom*, judgment of 9 June 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-III, p. 1403, § 36)" (see paragraph 88 of the judgment).

However, I come to entirely different conclusions.

I note that in December 1991, when the applicant and her partner lodged a criminal complaint, together with an application to join the proceedings as civil parties, alleging unintentional injury to the applicant entailing total unfitness for work for a period not exceeding three months and unintentional homicide of her child, the *Conseil d'Etat* had not yet abandoned its position that a hospital department could incur liability only in cases of gross negligence (see paragraph 57 of the judgment – the Government's submissions).

It is true that, as the majority note, the applicant could have tried to bring an action in damages against the authorities before it became time-barred. However, it seems to me that the Court may be demanding too much of this applicant when it is recalled that the position taken by the Court of Cassation in its judgment of 30 June 1999, and which it subsequently followed in its judgments of 29 June 2001 (sitting as a full court) and 25 June 2002 (see paragraph 29 of the judgment), was far from established, as witnessed by the court of appeal decisions to the contrary, the submissions of the advocates-general at the Court of Cassa-

tion and, lastly, the almost universal criticism it attracted from legal commentators (see paragraph 31 of the judgment). Since it was doubtful that she would be successful in an action in the administrative courts, the applicant brought criminal proceedings under the only two provisions of the Criminal Code that were open to her. She told the Court that she chose that course of action because a criminal investigation would aid in the task of establishing responsibility (see paragraph 50 of the judgment). That explanation is entirely logical: it is precisely what most victims of crime do in countries that offer a choice between proceedings in the criminal courts or in the civil or administrative courts.

It could be argued that the French legal system did not afford the applicant any “effective” remedy when these sad events took place.

Nevertheless, let us assume that the applicant had a choice between criminal and administrative remedies. Since a victim cannot claim compensation for his or her damage twice over, it would to my mind be disproportionate to criticise the applicant for not having exercised both remedies simultaneously. It would also represent a departure from the Court’s case-law.

Under the case-law of the Convention institutions, where there is a choice of remedies open to the applicant, Article 35 must be applied to reflect the practical realities of the applicant’s position in order to ensure the effective protection of the rights and freedoms guaranteed by the Convention (see *Allgemeine Gold- und Silberscheideanstalt A.G. v. the United Kingdom*, no. 9118/80, Commission decision of 9 March 1983, Decisions and Reports (DR) 32, p. 165). The applicant must have made normal use of domestic remedies which are likely to be effective and sufficient. When a remedy has been attempted, use of another remedy which has essentially the same objective is not required (see *Wójcik v. Poland*, no. 26757/95, Commission decision of 7 July 1997, DR 90-A, p. 28; *Günaydin v. Turkey* (dec.), no. 27526/95, 25 April 2002; and *Anagnostopoulos v. Greece*, no. 54589/00, § 32, 3 April 2003). Furthermore, the applicant is only required to have recourse to such remedies as are both available and sufficient, that is to say capable of providing redress for his or her complaints (see *Airey v. Ireland*, judgment of 9 October 1979, Series A no. 32, p. 11, § 19, and *Deweere v. Belgium*, judgment of 27 February 1980, Series A no. 35, p. 16, § 29).

I would also note that the amount at stake in *Anagnostopoulos* (cited above) was 15,000 drachmas (approximately 44 euros), whereas in the present case we are dealing with an unborn child.

The majority make a number of references to *Calvelli and Ciglio v. Italy* ([GC], no. 32967/96, ECHR 2002-I), in which the Court stated (in paragraph 51): “[I]f the infringement of the right to life or to personal integrity is not caused intentionally, the positive obligation imposed by Article 2 to set up an effective judicial system does not necessarily

require the provision of a criminal-law remedy.” It added: “In the specific sphere of medical negligence the obligation may for instance also be satisfied if the legal system affords victims a remedy in the civil courts, either alone or in conjunction with a remedy in the criminal courts, enabling any liability of the doctors concerned to be established and any appropriate civil redress, such as an order for damages and for the publication of the decision, to be obtained. Disciplinary measures may also be envisaged.”

I consider that the differences between the solutions afforded by the two domestic legal systems must outweigh the similarities. In *Calvelli and Ciglio*, the applicants – the father and mother of a newborn child who died two days after birth – had brought criminal proceedings which ended when the offence of involuntary manslaughter with which the obstetrician was charged became time-barred. However, the applicants were able to summon the doctor to appear in the civil courts after he was convicted at first instance in the criminal courts almost seven years after the death of the child and, with the civil proceedings still pending, they reached a settlement with the doctor’s and clinic’s insurers in respect of the damage they had sustained. The Court recognised that the Italian legal system afforded the applicants an effective alternative to criminal proceedings (*Calvelli and Ciglio*, cited above, §§ 54-55) that enabled the respondent State to discharge its positive obligations under Article 2 of the Convention. In my opinion, the same cannot be said of its French counterpart in the present case.

I must confess that, had I been sitting in *Calvelli and Ciglio*, I would undoubtedly have concurred with the partly dissenting opinion of Judges Rozakis, Bonello and Strážnická. However, even if I had agreed with the majority, it does not seem to me that their conclusion in *Calvelli and Ciglio* can be transposed to the present case, in which the limitation period for an action in the administrative courts, which at the time was four years from the date of stabilisation of the damage, had expired by the time the criminal proceedings ended. The applicant received no reparation for her loss, not even for the offence of unintentionally causing injuries, for which the doctor was given an amnesty by the law of 3 August 1995.

I conclude that, in the light of the loss of the child she was carrying, the legal protection France afforded the applicant did not satisfy the procedural requirements inherent in Article 2 of the Convention.

Obviously, since I do not accept the reasoning that led the majority to hold that there had been no violation of Article 2 on procedural grounds and that it was therefore unnecessary to determine whether Article 2 was applicable, I must explain why I consider that that provision is applicable and has been violated.

Until now, while the Convention institutions have refrained from deciding whether or not Article 2 applies to unborn children (see paragraphs 75-80 of the judgment), they have not excluded the possibility

that the foetus may enjoy a certain protection under Article 2, first sentence (see *H. v. Norway*, no. 17004/90, Commission decision of 19 May 1992, DR 73, p. 167, and *Boso v. Italy* (dec.), no. 50490/99, ECIIR 2002-VII).

Firstly, I think it necessary to bear in mind that the task of the national and international judge is not always easy, especially when a text may be construed in ways that are diametrically opposed.

The *travaux préparatoires* on the Convention are silent on the scope of the words “everyone” and “life” and as to whether Article 2 is applicable prior to birth.

Yet, since the 1950s, considerable advances have been made in science, biology and medicine, including at the prenatal stage.

The political community is engaged at both national and international level in trying to identify the most suitable means of protecting, even prenatally, human rights and the dignity of the human being against certain biological and medical applications.

I consider that it is not possible to ignore the major debate that has taken place within national parliaments in recent years on the subject of bioethics and the desirability of introducing or reforming legislation on medically assisted procreation and prenatal diagnosis, in order to reinforce guarantees, prohibit techniques such as the reproductive cloning of human beings and provide a strict framework for techniques with a proven medical interest.

The aim of the Convention on Human Rights and Biomedicine, which was opened for signature on 4 April 1997 in Oviedo and came into force on 1 December 1999, is to protect the dignity and identity of human beings and to guarantee everyone, without discrimination, respect for their integrity and other rights and fundamental freedoms with regard to the application of biology and medicine. It protects the dignity of everyone, including the unborn, and its main concern is to ensure that no research or intervention may be carried out that would undermine respect for the dignity and identity of the human being. Although this convention is very recent, it does not define the terms “everyone” and “human being” either, although it affirms their primacy in Article 2 in these terms: “The interests and welfare of the human being shall prevail over the sole interests of society or science.” As to the problem of defining the term “everyone”, the explanatory report produced by the Directorate General of Legal Affairs at the Council of Europe states, in paragraph 18: “In the absence of a unanimous agreement on the definition of these terms among member States of the Council of Europe, it was decided to allow domestic law to define them for the purposes of the application of the present Convention.”

Furthermore, I note that this convention unquestionably contains provisions on the prenatal phase (see, for instance, Chapter IV – Human Genome). Requests may be made to the European Court of Human Rights under Article 29 of the convention for advisory opinions on its

interpretation. The Contracting States did not impose any restriction on the scope of such referrals confining the Court's jurisdiction to questions arising postnatally.

Although the texts are either silent or full of cross-references, the applicant is nevertheless entitled to an answer.

Secondly, I would stress that the Court must deliver a decision on the concrete case before it. The application concerns the termination of a pregnancy as a result of medical negligence that caused the loss of a foetus aged between 20 and 24 weeks, against the mother's wishes.

In that connection, I consider that one should not overlook the fact that the foetus in the instant case was almost as old as foetuses that have survived and that scientific advances now make it possible to know virtually everything about a foetus of that age: its weight, sex, exact measurements, and whether it has any deformities or problems. Although it does not yet have any independent existence from that of its mother (though having said that, in the first years of its life, a child cannot survive alone without someone to look after it either), I believe that it is a being separate from its mother.

Although legal personality is only acquired at birth, this does not to my mind mean that there must be no recognition or protection of "everyone's right to life" before birth. Indeed, this seems to me to be a principle that is shared by all the member States of the Council of Europe, as domestic legislation permitting the voluntary termination of pregnancy would not have been necessary if the foetus was not regarded as having a life that should be protected. Abortion therefore constitutes an exception to the rule that the right to life should be protected, even before birth.

In any event, this case is wholly unconcerned with the States' domestic abortion laws, which have long been the subject matter of applications to the Convention institutions and have been found to be consistent with the Convention (see paragraphs 75-80 of the judgment).

I consider that, as with other Convention provisions, Article 2 must be interpreted in an evolutive manner so that the great dangers currently facing human life can be confronted. This is made necessary by the potential that exists for genetic manipulation and the risk that scientific results will be used for a purpose that undermines the dignity and identity of the human being. The Court has, moreover, often stated that the Convention is a living instrument, to be interpreted in the light of present-day conditions (see, among other authorities, *Tyler v. the United Kingdom*, judgment of 25 April 1978, Series A no. 26, pp. 15-16, § 31; *Loizidou v. Turkey* (preliminary objections), judgment of 23 March 1995, Series A no. 310, p. 26, § 71; and *Mazurek v. France*, no. 34406/97, § 49, ECHR 2000-II).

I therefore find that Article 2 of the Convention is applicable in the present case and has been violated, as the right to life has not been protected by the law of the respondent State.

VACHEV v. BULGARIA
(Application no. 42987/98)

FIRST SECTION

JUDGMENT OF 8 JULY 2004¹

1. English original. Extracts.

SUMMARY¹**Ordering of house arrest by investigator****Article 5 § 3**

Judge or other officer authorised by law to exercise judicial power – Ordering of house arrest by investigator – Deprivation of liberty – Independence and impartiality of officer ordering detention – Role of investigator in prosecution

Article 5 § 4

Review of lawfulness of detention – Absence of judicial review of lawfulness of house arrest – Incorporation of the Convention – Absence of case-law demonstrating effectiveness of remedy based on Convention

*
* *

The applicant was placed under house arrest by an investigator on 3 June 1997. His request for release on bail was refused by the district prosecutor's office and his appeals were dismissed successively by the regional prosecutor's office, the chief prosecutor's office and the head of the investigations division of the chief prosecutor's office. A further request for release was rejected by the district prosecutor's office in November 1997. The applicant was released on bail in December 1997.

Held

(1) Article 5 § 3: The Court had found in previous cases that, in the context of detention pending trial, neither investigators before whom detained persons were brought nor prosecutors who approved detention orders could be considered to be officers "authorised by law to exercise judicial power" for the purposes of Article 5 § 3. Although the present case concerned house arrest, there was no material difference, since it was not disputed that house arrest constituted a deprivation of liberty within the meaning of Article 5. The investigator who ordered the applicant's house arrest could not be regarded as an officer authorised by law to exercise judicial power, as he was not sufficiently independent and impartial, in view of the practical role he played in the prosecution.

Conclusion: violation (unanimously).

(2) Article 5 § 4: At the relevant time, the Code of Criminal Procedure had not provided for judicial review of house arrest and it was not entirely clear whether a remedy satisfying the requirements of Article 5 § 4 existed in theory. However, it was unnecessary to determine this question. Although the Convention had been

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

incorporated into Bulgarian law, the Government had not furnished any example of a judicial decision by which a person under house arrest had successfully relied on Article 5 § 4 to apply to a court for release. This indicated the uncertainty of that remedy in practice.

Conclusion: violation (unanimously).

(3) Article 5 § 5: The State Responsibility for Damage Act allowed persons placed in “pre-trial detention” to seek compensation if the detention order had been set aside for “lack of lawful grounds”. Since the applicant had been placed under house arrest and there was nothing to indicate that it was unlawful under domestic law, he had no right to compensation under the Act. It did not appear that such a right was secured under any other provision of Bulgarian law.

Conclusion: violation (unanimously).

Case-law cited by the Court

Winterwerp v. the Netherlands, judgment of 24 October 1979, Series A no. 33

Van Droogenbroeck v. Belgium, judgment of 24 June 1982, Series A no. 50

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

Wassink v. the Netherlands, judgment of 27 September 1990, Series A no. 185-A

Yağcı and Sargın v. Turkey, judgment of 8 June 1995, Series A no. 319-A

Sakık and Others v. Turkey, judgment of 26 November 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-VII

Assenov and Others v. Bulgaria, judgment of 28 October 1998, *Reports* 1998-VIII

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

N.C. v. Italy, no. 24952/94, 11 January 2001

Shishkov v. Bulgaria, no. 38822/97, 9 January 2003

Kadem v. Malta, no. 55263/00, 9 January 2003

In the case of Vachev 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,

Mrs S. BOTOUCHAROVA,

Mr A. KOVLER,

Mr V. ZAGREBELSKY,

Mr K. HAJIYEV, *judges*,

and Mr S. QUESADA, *Deputy Section Registrar*,

Having deliberated in private on 17 June 2004,

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

...

THE FACTS**I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE**

8. The applicant was born in 1941 and lives in Teteven. He was the executive director of Elprom-EMT, a State-owned company, against which bankruptcy proceedings were opened in 1997.

A. The criminal proceedings against the applicant

9. On 14 May 1997 the Teteven District Prosecutor's Office opened criminal proceedings against the applicant, the deputy director of Elprom-EMT and a company employee.

...

45. On 26 February 2003 the applicant and the prosecution entered into a plea-bargain agreement. The criminal proceedings against him were apparently discontinued soon after.

B. The applicant's house arrest

46. On 3 June 1997 the applicant was placed under house arrest by an investigator who saw him in person and questioned him.

47. On 12 June 1997 the applicant lodged a request with the Teteven District Prosecutor's Office to be released on bail. On 16 June 1997 the Teteven District Prosecutor's Office rejected the applicant's request. The applicant appealed to the Lovech Regional Prosecutor's Office. The appeal was dismissed by an order of 8 July 1997. The applicant appealed

to the Chief Prosecutor's Office. On 3 September 1997 the Chief Prosecutor's Office dismissed the appeal. The applicant lodged an appeal with the Head of the Investigations Division of the Chief Prosecutor's Office. On 31 October 1997 the Head of the Investigations Division dismissed the appeal.

48. In the meantime, on 7 August and 2 September 1997, the Teteven District Prosecutor's Office had refused two requests by the applicant to be allowed to leave his home for one day. Another request by the applicant to be allowed to leave his home for one day was rejected on 29 October 1997. On 12 November 1997 the Teteven District Prosecutor's Office allowed the applicant to leave his home for one day.

49. On 19 November 1997 the Teteven District Prosecutor's Office rejected a renewed application for release by the applicant.

50. On 4 December 1997 the applicant submitted a new request for release on bail. On 16 December 1997 the Teteven District Prosecutor's Office granted bail, setting the amount at 3,000,000 Bulgarian leva. On an unspecified date in December 1997, the applicant paid the amount of the bail and was released from house arrest.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

A. House arrest

51. By Article 146 of the Code of Criminal Procedure ("the CCP"), a measure to secure appearance before the competent authority has to be imposed in respect of every person accused of having committed a publicly prosecutable offence. One such measure is house arrest.

52. Article 151 of the CCP, as in force at the material time, defined house arrest as follows:

"House arrest shall consist in prohibition for the accused to leave his home without permission by the relevant authorities."

In its interpretative decision no. 10/1992 (*реш. № 10 от 27 ю.ли 1992 г. по конституционно дело № 13 от 1992 г., обн., ДВ брой 63 от 4 август 1992 г.*), the Constitutional Court held as follows:

"... [H]ouse arrest is also a form of detention and [constitutes] an interference with the inviolability [of the person]."

53. At the relevant time and until 1 January 2000, house arrest at the pre-trial stage of criminal proceedings could be ordered by an investigator or by a prosecutor. The investigator or prosecutor was not under an obligation to interview the accused in person when ordering house arrest. The role of investigators and prosecutors under Bulgarian law has been

summarised in paragraphs 25-29 of the Court's judgment in *Nikolova v. Bulgaria* ([GC], no. 31195/96, ECHR 1999-II).

54. At the relevant time, the CCP did not provide for judicial review of house arrest. Thus, the only possibility for a person under house arrest was to apply to a prosecutor who could order his release. If the prosecutor refused to release the person under house arrest, he or she could appeal to a higher prosecutor (Articles 181 and 182 of the CCP).

55. The CCP was amended with effect from 1 January 2000 and at present provides, in the newly introduced paragraph 2 of Article 151, for full initial and subsequent judicial review of house arrest.

B. Decision no. 1 of 1997 of the Assembly of Criminal Divisions of the Supreme Court of Cassation

56. On 21 March 1997 the Assembly of Criminal Divisions of the Supreme Court of Cassation decided to request that the Constitutional Court rule on the compatibility of Article 152 of the CCP governing pre-trial detention with, *inter alia*, Article 5 of the Convention. It reasoned that, by virtue of Article 5 § 4 of the Constitution, the Convention was incorporated into Bulgarian law and that all statutory provisions should therefore be in compliance with it. It also stated that when deciding cases before them the Bulgarian courts should take into account the case-law of the European Court of Human Rights (*опред. № 1 от 21 март 1997 г. по н.д. № 1/1997 г. на ОСЧК на ВКС*).

C. The State Responsibility for Damage Act

57. The relevant parts of section 2 of the State Responsibility for Damage Act of 1988 (*Закон за отговорността на държавата за вреди, причинени на граждани*) provide:

“The State shall be liable for damage caused to [private persons] by ... the investigation authorities, the prosecution authorities, the courts ... for unlawful

(1) pre-trial detention ..., if [the detention order] has been set aside for lack of lawful grounds”

The reported case-law under section 2(1) of the Act is scant. However, all judgments in which State liability was found to arise under this provision related specifically to pre-trial detention under Article 152 of the CCP, not house arrest under Article 151 of the CCP or any other form of deprivation of liberty ordered in the context of criminal proceedings (*реш. № 859/2001 г. от 10 септември 2001 г. г.д. № 2017/2000 г. на ВКС, реш. № 978/2001 г. от 10 юли 2001 г. по г.д. № 1036/2001 г. на*

BKC). The reported case-law also suggests that the terms “unlawful” and “lack of lawful grounds” refer to unlawfulness under domestic law.

58. By section 2(2) of the Act, in certain circumstances a claim may be brought for damage occasioned by the “unlawful bringing of criminal charges”. Such a claim may be brought only where the accused person has been acquitted by a court or the criminal proceedings have been discontinued by a court or by the prosecution authorities on the ground that the accused person was not the perpetrator, that the facts did not constitute a criminal offence or that the criminal proceedings were instituted after the expiry of the relevant limitation period or despite a relevant amnesty.

59. Persons seeking redress for damage occasioned by decisions of the investigating and prosecuting authorities or the courts in circumstances falling within the scope of the Act have no claim under general tort law as the Act is a *lex specialis* and excludes the application of the general regime (section 8(1) of the Act; *пел. № 1370/1992 з. от 16 декември 1992 з., но з.д. № 1181/1992 з. на БС IV з.д.*). The Government have not referred to any successful claim under general tort law in connection with unlawful house arrest.

THE LAW

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

60. The applicant complained that his house arrest, which had been ordered by an investigator, had entailed a breach of Article 5 § 3 of the Convention, the relevant part of which reads:

“Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1 (c) of this Article shall be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power ...”

61. Referring to *Assenov and Others v. Bulgaria* (judgment of 28 October 1998, *Reports of Judgments and Decisions 1998-VIII*) and *Nikolova* (cited above), the applicant maintained that the investigator who had placed him under house arrest could not be considered a “judge” or “other officer authorised by law to exercise judicial power”.

62. The Government did not comment on this complaint.

63. In previous judgments which concerned the system of detention pending trial as it existed in Bulgaria until 1 January 2000, the Court has found that neither investigators before whom accused persons were brought, nor prosecutors who approved detention orders could be considered to be “officer[s] authorised by law to exercise judicial power” within the meaning of Article 5 § 3 of the Convention (see *Assenov and*

Others, cited above, pp. 3298-99, §§ 144-50; *Nikolova*, cited above, §§ 49-53; and *Shishkov v. Bulgaria*, no. 38822/97, §§ 52-54, 9 January 2003).

64. The present case does not concern detention pending trial, but house arrest. Nevertheless, the Court finds no material difference with the cases cited above. It has not been disputed by the parties that the applicant's house arrest constituted deprivation of liberty within the meaning of Article 5 (see paragraph 52 above, and also *N.C. v. Italy*, no. 24952/94, § 33, 11 January 2001). Therefore, in accordance with paragraph 3 of that Article, he was entitled to be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power. The investigator who ordered the applicant's house arrest (see paragraph 46 above) cannot be considered such an officer as he was not sufficiently independent and impartial for the purposes of Article 5 § 3, in view of the practical role he played in the prosecution. The Court refers to its analysis of the relevant domestic law contained in *Nikolova* (cited above, §§ 50-51).

65. It follows that there has been an infringement of the applicant's right to be brought before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power within the meaning of Article 5 § 3 of the Convention.

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 5 § 4 OF THE CONVENTION

66. The applicant complained that, contrary to Article 5 § 4 of the Convention, he had not had an opportunity to take proceedings by which the lawfulness of his house arrest could be decided. Article 5 § 4 reads as follows:

“Everyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court and his release ordered if the detention is not lawful.”

67. The Government raised a preliminary objection of failure to exhaust domestic remedies. They argued that according to the Bulgarian Constitution, international treaties, including the Convention, were part of domestic law and took priority over the provisions of domestic law which went against them. Increasingly, the Bulgarian courts relied on the Convention in deciding the cases before them. As an example, the Government cited decision no. 1 of 1997 of the Assembly of Criminal Divisions of the Supreme Court of Cassation, in which it had decided to refer a provision of the CCP to the Constitutional Court, considering that it was contrary to Article 5 of the Convention. Given these facts, the applicant could have applied to a court, relying directly on the Convention. The court would have been obliged, by virtue of the Convention itself, to

examine and rule on his application for release. Moreover, while the CCP was silent on the issue, there was no express prohibition of judicial review of house arrest.

68. The applicant replied that at the relevant time the CCP did not contain a procedure whereby a person could challenge his or her house arrest before a court. The national courts could not be expected to “produce” and apply a non-existent procedure to conform to the requirements of Article 5 § 4 of the Convention. It was true that the Convention was part of the domestic law of Bulgaria, but that did not make an application based directly on Article 5 § 4 an effective domestic remedy.

69. In its admissibility decision of 19 June 2003, the Court noted that the question of exhaustion of domestic remedies was so closely related to the merits of the complaint that it could not be detached from them. Accordingly, the Court will examine the Government’s preliminary objection in the context of the merits of the applicant’s complaint.

70. It has not been disputed that the applicant’s house arrest constituted deprivation of liberty within the meaning of Article 5 § 4 (see paragraph 52 above, and also *N.C. v. Italy*, cited above, § 33). The applicant was therefore entitled to the guarantees of that provision.

71. The Court reiterates that the remedy required by Article 5 § 4 must be of a judicial nature, which implies that the person concerned should have access to a court and the opportunity to be heard either in person or, where necessary, through some form of representation, failing which he will not have been afforded the fundamental guarantees of procedure applied in matters of deprivation of liberty (see *Winterwerp v. the Netherlands*, judgment of 24 October 1979, Series A no. 33, p. 24, § 60). The Court further notes that the existence of a remedy must be sufficiently certain, not only in theory but also in practice, failing which it will lack the accessibility and effectiveness required for the purposes of Article 5 § 4. There is no requirement that remedies that are neither adequate nor effective should be used (see *Sakık and Others v. Turkey*, judgment of 26 November 1997, Reports 1997-VII, p. 2625, § 53; *Kadem v. Malta*, no. 55263/00, § 41, 9 January 2003; and, *mutatis mutandis*, *Van Droogenbroeck v. Belgium*, judgment of 24 June 1982, Series A no. 50, p. 30, § 54, *De Jong, Baljet and Van den Brink v. the Netherlands*, judgment of 22 May 1984, Series A no. 77, p. 19, § 39, and *Yağcı and Sargın v. Turkey*, judgment of 8 June 1995, Series A no. 319-A, p. 17, § 42).

72. The Court notes that the Convention is indeed incorporated in Bulgarian law and is directly applicable in Bulgaria (see paragraph 56 above). However, it also notes that at the relevant time the Bulgarian CCP did not provide for judicial review of house arrest (see paragraph 54 above) and that there is no other provision of domestic law which establishes a procedure whereby a person can apply to a court to review the lawfulness of his or her house arrest. In these circumstances, it is not

entirely clear whether a remedy satisfying the requirements of Article 5 § 4 exists in theory.

73. However, the Court does not consider itself to be required to determine this question of Bulgarian law. It notes that the Government have not furnished any example of a judicial decision in which a person placed under house arrest has successfully relied on Article 5 § 4 to apply to a court for his or her release. The Government relied only on a decision of the Assembly of Criminal Divisions of the Supreme Court of Cassation to refer the provisions of the CCP governing pre-trial detention to the Constitutional Court as being contrary to Article 5 of the Convention (see paragraphs 56 and 67 above). The Court does not consider that this decision represents a precedent indicating that a person placed under house arrest could successfully apply to a court for his or her release, relying solely on Article 5 § 4.

This lack of precedent indicates the uncertainty of this remedy in practice (see *Sarik and Others*, cited above, p. 2625, § 53). Furthermore, the Court notes that it is unclear – and the Government have not explained – which would have been the competent court, what procedure it would have had to follow, and on the basis of what criteria it would have had to take its decision.

74. In conclusion, the Court dismisses the Government's preliminary objection in respect of Article 5 § 4 and holds that there has been a violation of that provision.

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

75. The applicant complained under Article 5 § 5 of the Convention that he had no enforceable right to compensation in respect of the alleged breaches of the preceding paragraphs of Article 5.

Article 5 § 5 provides:

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

76. The applicant submitted that under Bulgarian law it was not possible to obtain compensation for deprivation of liberty which had violated the Convention but had been effected in accordance with the requirements of the CCP, which had been the case with his house arrest. He also submitted that the State Responsibility for Damage Act spoke only of pre-trial detention, which term referred to a specific kind of deprivation of liberty. As house arrest was a different kind of deprivation of liberty, it did not fall within the ambit of the Act.

77. The Government did not comment on this complaint.

78. The Court reiterates that Article 5 § 5 is complied with where it is possible to apply for compensation in respect of a deprivation of liberty

effected in conditions contrary to paragraphs 1, 2, 3 or 4 (see *Wassink v. the Netherlands*, judgment of 27 September 1990, Series A no. 185-A, p. 14, § 38). The right to compensation set forth in paragraph 5 therefore presupposes that a violation of one of the preceding paragraphs of Article 5 has been established, either by a domestic authority or by the Court.

79. In this connection, the Court notes that in the present case it has found that the applicant's right to be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power, as well as his right to take proceedings whereby the lawfulness of his house arrest could be decided by a court were infringed (see paragraphs 65 and 74 above). It follows that Article 5 § 5 of the Convention is applicable. The Court must therefore establish whether or not Bulgarian law afforded the applicant an enforceable right to compensation for the breaches of Article 5 in his case.

80. By section 2(1) of the State Responsibility for Damage Act, only persons who have been placed in "pre-trial detention" may seek compensation, and only if the detention order has been set aside "for lack of lawful grounds", the latter expression apparently referring to unlawfulness under domestic law (see paragraph 57 above). In the present case, the applicant was not in pre-trial detention; his deprivation of liberty consisted of house arrest. Moreover, there is nothing to indicate that this house arrest was unlawful under domestic law. Therefore, the applicant had no right to compensation under section 2(1) of the State Responsibility for Damage Act. Nor does section 2(2) of the Act apply (see paragraph 58 above).

It follows that in the applicant's case the State Responsibility for Damage Act does not provide for an enforceable right to compensation for his deprivation of liberty in breach of Article 5 §§ 3 and 4.

81. Furthermore, it does not appear that such a right is secured under any other provision of Bulgarian law (see paragraph 59 above).

82. The Court thus finds that Bulgarian law did not afford the applicant an enforceable right to compensation, as required by Article 5 § 5 of the Convention.

There has therefore been a violation of that provision.

...

FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

1. *Holds* that there has been a violation of Article 5 § 3 of the Convention;
2. *Dismisses* the Government's preliminary objection in respect of the applicant's complaint under Article 5 § 4 of the Convention and *holds* that there has been a violation of that provision;

3. *Holds* that there has been a violation of Article 5 § 5 of the Convention;

...

Done in English, and notified in writing on 8 July 2004, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Santiago QUESADA
Deputy Registrar

Christos ROZAKIS
President

VACHEV c. BULGARIE
(Requête n° 42987/98)

PREMIÈRE SECTION

ARRÊT DU 8 JUILLET 2004¹

1. Traduction; original anglais. Extraits.

SOMMAIRE¹**Assignment à résidence ordonnée par un magistrat instructeur****Article 5 § 3**

Juge ou autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires – Assignment à résidence ordonnée par un magistrat instructeur – Privation de liberté – Indépendance et impartialité du magistrat ordonnant la détention – Rôle du magistrat instructeur lors des poursuites

Article 5 § 4

Contrôle de la légalité de la détention – Absence de contrôle juridictionnel de la légalité de l'assignation à résidence – Incorporation de la Convention – Absence de jurisprudence démontrant l'effectivité d'un recours fondé sur la Convention

*
* *

Le 3 juin 1997, le requérant fut assigné à résidence par un magistrat instructeur. Sa demande de libération sous caution fut rejetée par le parquet de district et il fut successivement débouté de ses appels par le parquet régional, le parquet général et le chef de la chambre de l'instruction du parquet général. En novembre 1997, le parquet de district rejeta une nouvelle demande de libération. Le requérant fut libéré sous caution en décembre 1997.

1. Article 5 § 3: dans de précédents arrêts concernant la détention provisoire, la Cour a jugé que ni les magistrats instructeurs devant lesquels les accusés avaient été traduits ni les procureurs qui avaient approuvé les ordonnances de mise en détention ne pouvaient passer pour des magistrats «habilité[s] par la loi à exercer des fonctions judiciaires» aux fins de l'article 5 § 3. Bien que la présente affaire porte sur une assignation à résidence, elle ne renferme aucune différence significative car il ne prête pas à controverse que l'assignation à résidence constitue une privation de liberté au sens de l'article 5. Le magistrat instructeur qui a ordonné l'assignation à résidence ne saurait passer pour un magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires car il n'était pas suffisamment indépendant et impartial en raison du rôle qu'il a joué en pratique lors des poursuites.

Conclusion : violation (unanimité).

2. Article 5 § 4: à l'époque des faits, le code de procédure pénale ne prévoyait pas de contrôle juridictionnel de l'assignation à résidence et on ne saurait dire claire-

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

ment s'il existait en théorie un recours satisfaisant aux exigences de l'article 5 § 4. Toutefois, il n'y a pas lieu de trancher cette question. Bien que la Convention soit incorporée au droit bulgare, le Gouvernement n'a fourni aucun exemple de décision judiciaire montrant qu'une personne assignée à résidence aurait réussi à saisir un tribunal d'une demande de libération en se prévalant de l'article 5 § 4. Cela est révélateur de l'incertitude que présente ce recours en pratique.

Conclusion : violation (unanimité).

3. Article 5 § 5 : selon la loi sur la responsabilité de l'Etat à raison de dommages, les personnes placées en « détention provisoire » peuvent demander réparation si l'ordonnance de mise en détention a été annulée « pour absence de motifs légaux ». Or le requérant avait été l'objet d'une assignation à résidence et rien ne montre que cette mesure était illégale en droit interne. En conséquence, il ne jouissait d'aucun droit à réparation. Par ailleurs, il n'apparaît pas qu'un tel droit soit prévu par une autre disposition de la législation bulgare.

Conclusion : violation (unanimité).

Jurisprudence citée par la Cour

Winterwerp c. Pays-Bas, arrêt du 24 octobre 1979, série A n° 33

Van Droogenbroeck c. Belgique, arrêt du 24 juin 1982, série A n° 50

De Jong, Baljet et Van den Brink c. Pays-Bas, arrêt du 22 mai 1984, série A n° 77

Wassink c. Pays-Bas, arrêt du 27 septembre 1990, série A n° 185-A

Yağcı et Sargin c. Turquie, arrêt du 8 juin 1995, série A n° 319-A

Sakık et autres c. Turquie, arrêt du 26 novembre 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VII

Assenov et autres c. Bulgarie, arrêt du 28 octobre 1998, *Recueil* 1998-VIII

Nikolova c. Bulgarie [GC], n° 31195/96, CEDH 1999-II

N.C. c. Italie, n° 24952/94, 11 janvier 2001

Chichkov c. Bulgarie, n° 38822/97, 9 janvier 2003

Kadem c. Malte, n° 55263/00, 9 janvier 2003

En l'affaire Vachev c. Bulgarie,

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

M. C.L. ROZAKIS, *président*,

M^{mes} F. TULKENS,

N. VAJIĆ,

S. BOTOUCHAROVA,

MM. A. KOVLER,

V. ZAGREBELSKY,

K. HAJIYEV, *juges*,

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

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 17 juin 2004,

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

(...)

EN FAIT**I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE**

8. Le requérant est né en 1941 et réside à Teteven. Il était directeur général de l'entreprise d'Etat Elprom-EMT, contre laquelle fut ouverte en 1997 une procédure de faillite.

A. Les poursuites pénales dirigées contre le requérant

9. Le 14 mai 1997, le parquet du district de Teteven (« le parquet de Teteven ») ouvrit des poursuites pénales contre le requérant, le directeur adjoint d'Elprom-EMT et un salarié de cette entreprise.

(...)

45. Le 26 février 2003, le requérant ayant plaidé coupable, il parvint à un accord avec les autorités de poursuite. Il semblerait qu'il ait été décidé peu après de clore les poursuites.

B. L'assignation du requérant à résidence

46. Le 3 juin 1997, le requérant fut assigné à résidence par un magistrat instructeur qui l'avait personnellement rencontré et interrogé.

47. Le 12 juin 1997, le requérant saisit d'une demande de libération sous caution le parquet de Teteven, qui le débouta le 16 juin 1997. Il interjeta ensuite appel successivement devant le parquet régional de Lovech, le parquet général et le chef de la chambre de l'instruction du

parquet général, qui rejetèrent ses recours le 8 juillet, le 3 septembre et le 31 octobre 1997 respectivement.

48. Entre-temps, les 7 août et 2 septembre 1997, le parquet de Teteven avait rejeté deux demandes que le requérant avait formées en vue d'être autorisé à quitter son domicile pendant une journée. Le parquet refusa le 29 octobre 1997 d'accéder à une autre requête similaire de l'intéressé puis l'autorisa le 12 novembre 1997 à quitter son domicile pour une journée.

49. Le 19 novembre 1997, le parquet de Teteven rejeta une nouvelle demande de libération présentée par le requérant.

50. Le 4 décembre 1997, l'intéressé sollicita une nouvelle fois sa libération sous caution. Le 16 décembre 1997, le parquet de Teteven accueillit cette demande et fixa le montant de la caution à 3 000 000 de leva bulgares. En décembre 1997, à une date non précisée, le requérant paya la caution et l'assignation à résidence fut levée.

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

A. L'assignation à résidence

51. Selon l'article 146 du code de procédure pénale (CPP), il y a lieu de prendre contre toute personne accusée d'avoir commis une infraction déclenchant l'action publique une mesure – par exemple, l'assignation à résidence – destinée à assurer sa comparution devant l'autorité compétente.

52. L'article 151 CPP, dans sa version en vigueur à l'époque des faits, définissait ainsi l'assignation à résidence :

«L'assignation à résidence consiste à interdire à l'accusé de quitter son domicile sans l'autorisation des autorités compétentes.»

Dans sa décision interprétative n° 10/1992 (*пеш. № 10 от 27 юли 1992 г. по конституционно дело № 13 от 1992 г., общ., ДВ брой 63 от 4 август 1992 г.*), la Cour constitutionnelle a déclaré :

«(...) [L]'assignation à résidence constitue aussi une forme de détention et [représente] une atteinte à la sûreté [de la personne].»

53. A l'époque des faits et jusqu'au 1^{er} janvier 2000, l'assignation à résidence pouvait être ordonnée lors de la phase d'instruction d'une procédure pénale par un magistrat instructeur ou un procureur. Ces derniers n'étaient pas tenus d'interroger l'accusé en personne avant d'ordonner l'assignation à résidence. Le rôle des magistrats instructeurs et procureurs en droit bulgare est résumé aux paragraphes 25 à 29 de l'arrêt rendu par la Cour en l'affaire *Nikolova c. Bulgarie* ([GC], n° 31195/96, CEDH 1999-II).

54. A l'époque considérée, le CPP ne prévoyait pas de contrôle juridictionnel de l'assignation à résidence. Ainsi, la seule possibilité d'obtenir sa libération pour une personne faisant l'objet d'une telle mesure était de s'adresser à un procureur. Si celui-ci refusait d'accorder la libération, la personne pouvait saisir un procureur plus élevé dans la hiérarchie (articles 181 et 182 CPP).

55. Le CPP, dont une version amendée est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000, prévoit désormais au nouveau paragraphe 2 de l'article 151 un contrôle juridictionnel complet de l'assignation à résidence, au moment du prononcé de cette mesure et ultérieurement.

B. La décision n° 1 de 1997 de l'assemblée des chambres criminelles de la Cour de cassation

56. Le 21 mars 1997, l'assemblée des chambres criminelles de la Cour de cassation décida d'inviter la Cour constitutionnelle à statuer sur la compatibilité de l'article 152 CPP, régissant la détention provisoire, avec notamment l'article 5 de la Convention. Elle considérait que la Convention était incorporée au droit bulgare en vertu de l'article 5 § 4 de la Constitution et que toutes les dispositions de loi devaient donc être conformes à ce traité. Elle déclara aussi que, lorsqu'ils statuaient sur les affaires qui leur étaient soumises, les tribunaux bulgares devaient tenir compte de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme (*опред. № 1 от 21 март 1997 г. по н.д. № 1/1997 г. на ОЧК на ВКС*).

C. La loi sur la responsabilité de l'Etat à raison de dommages

57. L'article 2 de la loi de 1988 sur la responsabilité de l'Etat à raison de dommages (*Закон за отговорността на държавата за вреди, причинени на граждани*) dispose, en ses passages pertinents :

« L'Etat est réputé responsable des dommages causés aux [particuliers] par les services (...) d'instruction et de poursuite et les tribunaux lorsque ceux-ci ont illégalement ordonné :

1. une mise en détention provisoire (...) si [l'ordonnance y relative] a été annulée pour absence de motifs légaux »

La jurisprudence publiée relative à l'article 2 § 1 de la loi est peu abondante. Toutefois, tous les arrêts ayant conclu que la responsabilité de l'Etat était engagée au titre de cette disposition se rapportaient à la détention provisoire au sens de l'article 152 CPP, et non à l'assignation à résidence prévue à l'article 151 CPP ou à toute autre forme de privation de liberté ordonnée dans le cadre d'une procédure pénale (*peuv. № 859/2001*

г. от 10 септември 2001 г. г.д. № 2017/2000 г. на ВКС, реш. № 978/2001 г. от 10 юли 2001 г. по г.д. № 1036/2001 г. на ВКС). La jurisprudence publiée donne aussi à penser que les termes «illégalement» et «absence de motifs légaux» renvoient à l'illégalité au regard du droit interne.

58. D'après l'article 2 § 2 de la loi, une réclamation peut dans certaines circonstances être soumise à raison d'un préjudice provoqué par «des accusations pénales portées illégalement». Pareille demande ne peut être présentée qu'en cas d'acquittement de l'accusé par un tribunal ou de clôture des poursuites sur décision d'un tribunal ou des autorités de poursuite au motif que l'accusé n'était pas l'auteur de l'infraction, que les faits n'étaient pas constitutifs d'une infraction pénale ou que la procédure pénale avait été ouverte après l'expiration du délai de prescription ou en dépit d'une amnistie.

59. Les personnes cherchant à faire redresser un préjudice découlant de décisions des autorités ayant procédé à l'instruction et aux poursuites ou de décisions des tribunaux dans des circonstances tombant dans le champ d'application de la loi ne sont pas habilitées à intenter une action en vertu du droit général de la responsabilité civile car cette loi constitue une *lex specialis* et exclut l'application du régime général (article 8 § 1 de la loi; *реш. № 1370/1992 г. от 16 декември 1992 г., по г.д. № 1181/1992 г. на ВС IV г.д.*). Le Gouvernement n'a cité aucune réclamation présentée avec succès en vertu du droit général de la responsabilité civile et portant sur une assignation à résidence illégale.

EN DROIT

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

60. Le requérant allègue que son assignation à résidence, ordonnée par un magistrat instructeur, a emporté violation de l'article 5 § 3 de la Convention, dont le passage pertinent dispose :

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

61. S'appuyant sur les affaires *Assenov et autres c. Bulgarie* (arrêt du 28 octobre 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VIII) et *Nikolova* (arrêt précité), le requérant soutient que le magistrat instructeur qui l'a assigné à résidence ne saurait passer pour un «juge» ou un «autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires».

62. Le Gouvernement n'a pas formulé d'observations sur ce grief.

63. Dans de précédents arrêts concernant le système de détention provisoire tel qu'il existait en Bulgarie avant le 1^{er} janvier 2000, la Cour a

jugé que ni les magistrats instructeurs devant lesquels les accusés avaient été traduits ni les procureurs qui avaient approuvé les ordonnances de mise en détention ne pouvaient passer pour des « magistrat[s] habilité[s] par la loi à exercer des fonctions judiciaires » au sens de l'article 5 § 3 de la Convention (arrêts *Assenov et autres* précité, pp. 3298-3299, §§ 144-150, *Nikolova* précité, §§ 49-53, et *Chichkov c. Bulgarie*, n° 38822/97, §§ 52-54, 9 janvier 2003).

64. La présente affaire ne porte pas sur une détention provisoire, mais sur une assignation à résidence. Cependant, la Cour trouve que cette cause ne renferme aucune différence significative avec les affaires précitées. Il ne prête pas à controverse entre les parties que l'assignation du requérant à résidence constituait une privation de liberté au sens de l'article 5 (voir le paragraphe 52 ci-dessus et l'arrêt *N.C. c. Italie*, n° 24952/94, § 33, 11 janvier 2001). C'est pourquoi, en vertu du paragraphe 3 de cet article, le requérant était en droit d'être aussitôt traduit devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires. Le magistrat instructeur qui l'a assigné à résidence (paragraphe 46 ci-dessus) ne saurait passer pour un magistrat ainsi habilité car il n'était pas suffisamment indépendant et impartial aux fins de l'article 5 § 3 en raison du rôle qu'il a joué en pratique lors des poursuites. La Cour renvoie à cet égard à l'analyse de la législation interne pertinente à laquelle elle s'est livrée dans l'arrêt *Nikolova* (précité, §§ 50-51).

65. Il s'ensuit qu'il y a eu atteinte au droit du requérant d'être aussitôt traduit devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires au sens de l'article 5 § 3 de la Convention.

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

66. Le requérant allègue que, contrairement à ce que prévoit l'article 5 § 4 de la Convention, il n'a pas eu la possibilité d'introduire un recours devant un tribunal afin que celui-ci statue sur la légalité de son assignation à résidence. Cette disposition est ainsi libellée :

« Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale. »

67. Le Gouvernement excipe à titre préliminaire du non-épuisement des voies de recours internes. Il soutient que, selon la Constitution bulgare, les traités internationaux, au nombre desquels la Convention, font partie du droit interne et l'emportent sur les dispositions du droit national qui leur sont contraires. De plus en plus souvent, les tribunaux bulgares s'appuient sur la Convention pour trancher les affaires dont ils sont appelés à connaître. Le Gouvernement cite par exemple la décision

n° 1 rendue en 1997 par l'assemblée des chambres criminelles de la Cour de cassation, où celle-ci a résolu de soumettre une disposition du CPP à la Cour constitutionnelle au motif que ce texte était contraire à l'article 5 de la Convention. Dans ces conditions, le requérant aurait pu saisir un tribunal en invoquant directement la Convention. Le tribunal aurait été tenu, en vertu de la Convention elle-même, d'examiner sa demande de libération et de statuer à son sujet. De plus, si le CPP est muet sur la question, il n'existe pas de disposition interdisant expressément de procéder au contrôle juridictionnel d'une assignation à résidence.

68. Le requérant réplique qu'à l'époque des faits le CPP ne prévoyait aucune procédure permettant de contester une assignation à résidence devant un tribunal. Les tribunaux internes ne sont pas censés « produire » et appliquer une procédure qui n'existe pas pour se conformer aux exigences de l'article 5 § 4 de la Convention. Il est vrai que la Convention est intégrée au droit interne en Bulgarie, mais ce n'est pas cela qui fait d'une requête fondée directement sur l'article 5 § 4 un recours interne effectif.

69. Dans sa décision du 19 juin 2003 sur la recevabilité, la Cour a noté que la question de l'épuisement des voies de recours internes était si étroitement liée au fond du grief qu'elle ne saurait en être dissociée. Dès lors, la Cour examinera l'exception préliminaire du Gouvernement avec le fond du grief du requérant.

70. Il ne prête pas à controverse que l'assignation à résidence du requérant constituait une privation de liberté au sens de l'article 5 § 4 (paragraphe 52 ci-dessus et arrêt *N.C. c. Italie* précité, § 33). Le requérant était donc en droit de bénéficier des garanties prévues par cette disposition.

71. La Cour rappelle que le recours exigé par l'article 5 § 4 doit être de nature judiciaire, ce qui signifie que la personne concernée doit avoir accès à un tribunal et l'occasion d'être entendue elle-même ou, au besoin, moyennant une certaine forme de représentation, sans quoi elle ne jouira pas des garanties fondamentales de procédure appliquées en matière de privation de liberté (*Winterwerp c. Pays-Bas*, arrêt du 24 octobre 1979, série A n° 33, p. 24, § 60). La Cour note en outre qu'une voie de recours doit exister avec un degré suffisant de certitude, non seulement en théorie mais aussi en pratique, sans quoi lui manquent l'accessibilité et l'effectivité requises par l'article 5 § 4. Par ailleurs, il n'est nullement exigé d'utiliser des recours qui ne sont ni adéquats ni effectifs (arrêts *Sakik et autres c. Turquie*, 26 novembre 1997, *Recueil* 1997-VII, p. 2625, § 53; *Kadem c. Malte*, n° 55263/00, § 41, 9 janvier 2003; et, *mutatis mutandis*, *Van Droogenbroeck c. Belgique*, 24 juin 1982, série A n° 50, p. 30, § 54, *De Jong, Baljet et Van den Brink c. Pays-Bas*, 22 mai 1984, série A n° 77, p. 19, § 39, et *Yağcı et Sargin c. Turquie*, 8 juin 1995, série A n° 319-A, p. 17, § 42).

72. La Cour constate que la Convention est en effet intégrée dans le droit bulgare et directement applicable en Bulgarie (paragraphe 56

ci-dessus). Cependant, elle note aussi qu'à l'époque des faits le CPP bulgare ne prévoyait pas de contrôle juridictionnel de l'assignation à résidence (paragraphe 54 ci-dessus) et qu'aucune autre disposition du droit interne n'instaurait une procédure permettant de saisir un tribunal pour lui demander de statuer sur la légalité d'une assignation à résidence. Dans ces conditions, on ne saurait dire clairement s'il existait en théorie un recours satisfaisant aux exigences de l'article 5 § 4.

73. La Cour ne s'estime toutefois pas tenue de trancher ce point de droit bulgare. Elle observe que le Gouvernement n'a fourni aucun exemple de décision judiciaire montrant qu'une personne assignée à résidence aurait réussi à saisir un tribunal d'une demande de libération en se prévalant de l'article 5 § 4. Le Gouvernement a seulement cité à l'appui de ses dires une décision de l'assemblée des chambres criminelles de la Cour de cassation de porter les dispositions du CPP relatives à la détention provisoire devant la Cour constitutionnelle au motif qu'elles étaient contraires à l'article 5 de la Convention (paragraphe 56 et 67 ci-dessus). La Cour ne pense pas que cette décision constitue un précédent indiquant qu'une personne assignée à résidence peut avec succès saisir un tribunal d'une demande de libération en s'appuyant sur le seul article 5 § 4.

Cette absence de précédent est révélatrice de l'incertitude que présente ce recours en pratique (arrêt *Sakık et autres* précité, p. 2625, § 53). En outre, la Cour note qu'on ne sait pas très bien – et le Gouvernement ne l'a pas expliqué – quel aurait été le tribunal compétent, quelle procédure il aurait dû suivre, et sur la base de quels critères il aurait dû rendre sa décision.

74. En conclusion, la Cour rejette l'exception préliminaire formulée par le Gouvernement sous l'angle de l'article 5 § 4 et dit qu'il y a eu violation de cette disposition.

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

75. Sur le terrain de l'article 5 § 5 de la Convention, le requérant se plaint de n'avoir pas eu droit à une réparation pour ce qui est des violations des paragraphes précédents de l'article 5 qu'il allègue.

L'article 5 § 5 dispose :

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

76. Le requérant soutient qu'en droit bulgare il est impossible d'obtenir réparation d'une privation de liberté contraire à la Convention mais conforme aux exigences du CPP, ce qui était le cas de son assignation à résidence. En outre, la loi sur la responsabilité de l'Etat à raison de

dommages ne mentionne que la détention provisoire, c'est-à-dire une sorte particulière de privation de liberté. L'assignation à résidence étant une forme différente de privation de liberté, elle ne tombe pas dans le champ d'application de cette loi.

77. Le Gouvernement ne formule aucune observation quant à ce grief.

78. La Cour rappelle que le paragraphe 5 de l'article 5 se trouve respecté dès lors que l'on peut demander réparation d'une privation de liberté opérée dans des conditions contraires aux paragraphes 1, 2, 3 ou 4 (*Wassink c. Pays-Bas*, arrêt du 27 septembre 1990, série A n° 185-A, p. 14, § 38). Le droit à réparation énoncé au paragraphe 5 présuppose donc qu'une violation de l'un des paragraphes précédents de l'article 5 ait été établie, que ce soit par une autorité interne ou par la Cour.

79. A cet égard, la Cour note qu'elle a en l'espèce conclu à la violation dans le chef du requérant du droit d'être aussitôt traduit devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et du droit d'introduire un recours devant un tribunal afin qu'il statue sur la légalité de l'assignation à résidence (paragraphes 65 et 74 ci-dessus). Il s'ensuit que l'article 5 § 5 de la Convention est applicable. La Cour doit donc établir si le droit bulgare a ou non offert au requérant un droit à réparation pour les violations de l'article 5 constatées en l'occurrence.

80. Selon l'article 2 § 1 de la loi sur la responsabilité de l'Etat à raison de dommages, seules les personnes placées en «détention provisoire» peuvent demander réparation, et ce uniquement si l'ordonnance de mise en détention a été annulée «pour absence de motifs légaux», cette dernière expression renvoyant apparemment à la légalité au regard du droit interne (paragraphe 57 ci-dessus). Or, en l'espèce, le requérant n'était pas en détention provisoire puisqu'il était privé de liberté en vertu d'une assignation à résidence. De plus, rien ne montre que cette mesure était illégale en droit interne. En conséquence, le requérant ne jouissait d'aucun droit à réparation au titre de l'article 2 § 1 de la loi sur la responsabilité de l'Etat à raison de dommages. L'article 2 § 2 n'est pas non plus applicable (paragraphe 58 ci-dessus).

Il s'ensuit que la loi sur la responsabilité de l'Etat à raison de dommages n'a pas fourni au requérant un droit à réparation pour ce qui est de sa privation de liberté contraire à l'article 5 §§ 3 et 4.

81. En outre, il n'apparaît pas qu'un tel droit soit prévu par une autre disposition de la législation bulgare (paragraphe 59 ci-dessus).

82. La Cour conclut que le droit bulgare n'a pas offert au requérant un droit à réparation comme l'exige l'article 5 § 5 de la Convention.

Partant, il y a eu violation de cette disposition.

(...)

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

1. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 5 § 3 de la Convention ;
 2. *Rejette* l'exception préliminaire du Gouvernement concernant le grief tiré par le requérant de l'article 5 § 4 de la Convention, et *dit* qu'il y a eu violation de cette disposition ;
 3. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 5 § 5 de la Convention ;
- (...)

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 8 juillet 2004, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Santiago QUESADA
Greffier adjoint

Christos ROZAKIS
Président

BENEFICIO CAPPELLA PAOLINI c. SAINT-MARIN
(Requête n° 40786/98)

DEUXIÈME SECTION

ARRÊT DU 13 JUILLET 2004¹

1. Texte français original. Extraits.

SOMMAIRE¹**Compétence pour trancher déclinée tant par les juridictions civiles que par les juridictions administratives****Article 6 § 1**

Droit à un tribunal – Procédure civile – Procédure administrative – Compétence pour trancher déclinée tant par les juridictions civiles que par les juridictions administratives – Absence de décision sur le fond de la contestation – Déni de justice

*
* *

Destinés par les pouvoirs publics à des travaux d'urbanisation à réaliser avant le 31 décembre 1987, certains terrains appartenant à la requérante furent frappés par une mesure d'expropriation régulière en 1985. S'appuyant sur la disposition légale prévoyant la péremption de la procédure d'expropriation en cas de dépassement du délai fixé pour la réalisation des travaux à effectuer, la requérante introduisit le 10 novembre 1988 devant le juge civil de première instance une action possessoire en vue de recouvrer les parcelles non utilisées par l'État. S'étant heurtée à une décision d'incompétence, elle forma en appel une action pétitoire. Elle saisit également les juridictions administratives d'une demande de restitution, qui aboutit à une décision définitive aux termes de laquelle la loi conférait compétence en la matière au juge civil. Quatre années plus tard, le juge civil d'appel se déclara lui aussi incompetent, estimant que la compétence appartenait au juge administratif. La question soumise par la requérante ne fut ainsi jamais tranchée au fond.

Article 6 § 1 : la Cour n'a pas pour tâche d'examiner si les juridictions civile et administrative pouvaient ou non trancher le litige sur le fond compte tenu du droit interne applicable. Elle relève que la requérante a eu accès à ces juridictions, mais qu'aucune n'a répondu sur la question de savoir si elle avait droit ou non à la restitution des terrains expropriés en excès. Cette situation s'analyse en un déni de justice qui a porté atteinte à la substance même du droit à un tribunal garanti par l'article 6 § 1 de la Convention.

Conclusion : violation (six contre une).

Jurisprudence citée par la Cour

Golder c. Royaume-Uni, arrêt du 21 février 1975, série A n° 18

Bellet c. France, arrêt du 4 décembre 1995, série A n° 333-B

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

En l'affaire Beneficio Cappella Paolini c. Saint-Marin,

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

MM. J.-P. COSTA, *président*,

A.B. BAKA,

L. LOUCAIDES,

C. BIRSAN,

K. JUNGWIERT,

V. BUTKEVYCH, *juges*,

L. FERRARI BRAVO, *juge ad hoc*,

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

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 8 avril 2003 et 22 juin
2004,

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

(...)

EN FAIT

8. La requérante est une institution ecclésiastique saint-marinaise.

9. Le 7 mars 1985, le gouvernement saint-marinais décréta l'expropriation de certains terrains appartenant à l'intéressée. Celle-ci obtint en compensation une indemnité de 114 790 590 liras italiennes (environ 59 284 euros). Destinés à des travaux d'urbanisation à réaliser avant le 31 décembre 1987, les terrains ne furent utilisés qu'en partie. Le 16 février 1987, la requérante s'adressa au gouvernement afin de pouvoir recouvrer la possession de ceux qui n'avaient pas été utilisés. Le 20 octobre 1987, le gouvernement rejeta la demande au motif que les terrains en question pouvaient encore être utilisés dans l'intérêt de la collectivité.

1. La procédure devant les juridictions civiles

10. Le 10 novembre 1988, s'appuyant sur le paragraphe 3 de l'article 14 de la loi n° 18 du 25 mars 1980 (« la loi n° 18/1980 »), qui prévoit la péremption de la procédure d'expropriation en cas de dépassement du délai fixé pour la réalisation des travaux, la requérante introduisit une action possessoire devant le juge civil de première instance (*Commissario della Legge*). Fixée au 19 janvier 1989, la première audience ne put se tenir à cette date, en raison d'un défaut de notification au gouvernement. Celui-ci se constitua partie à la procédure le 5 mai 1989. A l'audience du 23 septembre 1989, il sollicita l'audition d'un témoin. Sa demande fut accueillie par le juge le 12 janvier 1990. Le jour venu, à savoir le 5 avril 1990, le témoin ne se présenta pas à l'audience. Le 26 septembre 1990, le gouvernement renonça à son audition. Les parties soumièrent leurs

conclusions écrites le 23 mai 1991. La mise en état de l'affaire fut close le 14 novembre 1991.

11. Par un jugement du 14 janvier 1992, déposé au greffe le même jour, le juge rejeta la demande de la requérante aux motifs que, d'une part, le décret d'expropriation du 20 octobre 1987 était un acte administratif et échappait à la compétence de la juridiction civile et que, d'autre part, la requérante ne pouvait introduire une action possessoire, dans la mesure où les biens litigieux avaient été expropriés légalement et n'avaient pas été acquis sans titre par l'Etat.

12. Le 12 mars 1992, la requérante saisit le juge civil d'appel (*Giudice delle Appellazioni Civili*) d'une action pétitoire visant à la restitution des terrains litigieux en application du paragraphe 3 de l'article 14 de la loi n° 18/1980. Elle affirmait aussi que le comportement de l'administration avait violé l'article 1 du Protocole n° 1. La première audience eut lieu le 9 avril 1992. Le 21 mai 1992, l'intéressée déposa certaines pièces. Le 29 mai 1992, la procédure fut suspendue au motif qu'une tentative de règlement amiable était en cours. Le 2 décembre 1992, constatant l'échec des pourparlers, le *Commissario della Legge*, organe auquel incombe la mise en état des causes en appel, ordonna la reprise de la procédure. A l'audience du 25 février 1993, la requérante sollicita la désignation d'un expert ainsi que l'audition d'un témoin aux fins de détermination des terrains qui n'avaient pas été utilisés. Par des décisions du 2 mars et du 6 avril 1993, le *Commissario della Legge* fit droit aux deux demandes. Le témoin fut entendu le 24 juin 1993 et l'expertise déposée le 7 novembre 1993. Les parties présentèrent leurs conclusions le 10 février et le 24 mars 1994. La mise en état fut close le 27 avril 1994.

13. En décembre 1994, le juge d'appel C.P. décéda. Aucun autre juge ne pouvait le remplacer, car l'organigramme de la juridiction d'appel au civil prévoyait un seul magistrat. Le Parlement (*Consiglio Grande e Generale*) promulgua alors, le 17 janvier 1995, la loi n° 2/1995, dont l'article 1 était ainsi libellé: «Lorsque le magistrat d'appel au civil décède ou qu'à la suite d'un grave empêchement il se trouve dans l'impossibilité d'exercer ses fonctions d'instruction, celles-ci sont assumées par l'un des magistrats d'appel au pénal, qui accomplit tous actes urgents éventuels jusqu'à ce qu'intervienne le remplacement de l'intéressé ou la disparition du grave empêchement (...)»

14. Le 25 avril 1995, le Parlement nomma le juge P.G.P. en tant que remplaçant du juge décédé. P.G.P. demanda toutefois au Conseil des XII l'autorisation de s'abstenir dans la procédure litigieuse au motif qu'il y avait participé comme juge civil de première instance. Le Conseil des XII, organe juridictionnel de troisième instance lorsque la décision d'appel ne confirme pas celle de première instance, se prononçait également à l'époque, en vertu de l'article 17 de la loi n° 2/1995, sur les demandes d'abstention et de récusation.

15. Le 26 septembre 1995, le Conseil des XII fit droit à la requête et confia le dossier en question à P.G., magistrat d'appel au pénal (*Giudice delle Appellazioni per le cause penali*).

16. Celui-ci rejeta l'appel par un arrêt du 18 décembre 1998, déposé au greffe le même jour. Il y relevait que l'article 14 § 3 de la loi n° 18/1980 prévoyait la péremption de l'expropriation en cas de dépassement du délai fixé pour l'exécution des travaux, mais non en cas de non-utilisation de la totalité des biens expropriés, que la compétence quant au bien-fondé de la procédure d'expropriation appartenait de toute manière aux juridictions administratives et que l'appel visait à la restitution de la propriété des biens, alors qu'en première instance la requérante avait simplement demandé à reprendre possession des terrains. Il concluait ne pouvoir faire droit à la demande car, selon la jurisprudence consolidée, «les demandes introduites pour la première fois en appel [étaient] manifestement irrecevables» (arrêt du *Giudice delle Appellazioni Civili*, 20 juillet 1970, n° 147).

2. *La procédure devant les juridictions administratives*

17. Auparavant, le 3 mars 1992, à la suite de l'entrée en vigueur du nouveau plan d'occupation des sols, qui avait changé d'industrielle en agricole la destination des terrains litigieux, la requérante avait demandé au gouvernement la restitution des biens. Le 24 novembre 1992, n'ayant pas eu de réponse, elle lui adressa une mise en demeure l'invitant à adopter les décisions nécessaires à la restitution. Le 20 avril 1993, elle saisit le juge administratif de première instance. L'audience de plaidoiries eut lieu le 3 août 1993. Par un jugement du 17 août 1993, déposé au greffe le même jour, le juge déclara qu'il n'avait pas compétence pour «reconnaître l'existence d'un éventuel droit à la restitution des terrains non utilisés», les juridictions administratives pouvant connaître exclusivement des intérêts légitimes. Il précisa que seul le Parlement pouvait décider du sort desdits biens. Constatant enfin que le nouveau plan d'occupation des sols avait changé la destination des terrains non utilisés, il invalida pour péremption dans la mesure où elle concernait ces biens l'expropriation décrétée le 7 mars 1985, non sans préciser que cette invalidation ne créait pas pour autant un droit à rétrocession.

18. Le gouvernement interjeta alors appel, contestant l'existence d'un refus tacite propre à légitimer le recours au juge administratif de première instance, ainsi que la compétence de celui-ci pour prononcer l'invalidation partielle de l'expropriation. L'audience de plaidoiries, fixée d'abord au 13 janvier 1994, fut renvoyée au 24 mai 1994 en raison de l'empêchement du juge administratif d'appel. Celui-ci accueillit l'appel par un arrêt du 26 mai 1994, déposé au greffe le même jour. Il y relevait que l'Etat avait acquis la propriété des terrains selon les voies légales et

moyennant le paiement d'une indemnité d'expropriation, et qu'aucune disposition législative n'imposait au gouvernement de procéder à la restitution des biens. Il concluait ainsi à l'irrecevabilité de la demande introduite par la requérante le 20 avril 1993, le comportement du gouvernement ne pouvant pas être qualifié de refus tacite. Il précisait enfin qu'en prononçant l'invalidation partielle du décret d'expropriation, décision qui n'avait au demeurant jamais été attaquée, le juge administratif de première instance avait outrepassé sa compétence, qui lui permettait seulement de déclarer illégal, le cas échéant, le prétendu refus tacite du gouvernement.

19. A une date non précisée, le juge administratif d'appel ordonna la transmission du dossier de l'affaire au Conseil des XII, autorité qui, après avoir recueilli l'avis d'un expert, tranche les litiges civils en cas de jugements de première et deuxième instance aboutissant à des conclusions opposées (article 21 de la loi 68 du 28 juin 1989 instituant les juridictions administratives). Le 27 septembre 1994, le Conseil des XII confirma l'arrêt d'appel, faisant ainsi sien l'avis de l'expert, qui avait relevé que si le droit de propriété de Beneficio Cappella Paolini s'était transformé en simple intérêt légitime à la suite de la déclaration d'utilité publique des travaux d'urbanisation, le paragraphe 3 de l'article 14 de la loi n° 15/1980 conférait quant à lui non pas un intérêt légitime à la légalité de l'action de l'administration, mais un véritable droit de saisir le juge civil et d'obtenir la déclaration de péremption de l'expropriation à raison du dépassement du délai fixé pour la réalisation des travaux.

EN DROIT

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

(...)

2. «Droit à un tribunal»

26. Quant au déni de justice allégué, le Gouvernement affirme que la requérante porte seule la responsabilité de son échec, dans la mesure où elle s'est adressée aux juridictions administratives pour obtenir la sanction d'un droit (*diritto soggettivo*) et aux juges civils pour faire reconnaître un «intérêt légitime» («*interesse legittimo*»), c'est-à-dire une position individuelle protégée de façon indirecte et subordonnée au respect de l'intérêt public. Au surplus, la requérante aurait formulé en appel une demande nouvelle par rapport à celle introduite en première instance, ce qui justifierait pleinement la décision de rejet, conforme à la jurisprudence établie en la matière.

27. La requérante fait observer que les juridictions nationales n'ont pas tranché au fond la question soumise à leur examen, puisqu'elles se sont tour à tour déclarées incompétentes pour connaître du litige.

28. La Cour rappelle sa jurisprudence selon laquelle l'article 6 § 1 de la Convention consacre le «droit à un tribunal», dont le droit d'accès, à savoir le droit de saisir le tribunal en matière civile, ne constitue qu'un aspect (*Golder c. Royaume-Uni*, arrêt du 21 février 1975, série A n° 18, p. 18, § 36). L'effectivité du droit d'accès demande qu'un individu jouisse d'une possibilité claire et concrète de contester un acte attentatoire à ses droits (*Bellet c. France*, arrêt du 4 décembre 1995, série A n° 333-B, p. 42, § 36).

En l'espèce, la requérante saisit le juge civil de première instance afin de recouvrer la possession de ses terrains expropriés et non utilisés par l'Etat, puis elle introduisit, en appel, une action pétitoire pour récupérer la propriété desdits biens; devant les juridictions administratives, elle réclama dès le début la restitution des biens (paragraphes 10-19 ci-dessus). Dans son arrêt du 18 décembre 1998, le juge civil d'appel affirma que la compétence pour connaître du bien-fondé de la procédure d'expropriation appartenait aux juges administratifs. Le 27 septembre 1994, à l'inverse, le Conseil des XII, confirmant l'arrêt du juge administratif d'appel, déclara que la loi n° 15/1980 conférait un véritable droit de saisir le juge civil pour obtenir la déclaration de péremption d'une expropriation en cas de dépassement du délai fixé pour la réalisation des travaux à effectuer (paragraphes 16 et 19 ci-dessus).

29. La Cour n'a pas pour tâche d'examiner si, compte tenu en particulier de l'article 14 § 3 de la loi n° 15/1980, les juridictions civiles et administratives pouvaient ou non trancher le litige sur le fond. Elle relève que la requérante a eu accès à ces juridictions mais qu'aucune n'a répondu sur la question de savoir si elle avait droit ou non à la restitution des terrains expropriés en excès. Cette situation s'analyse selon la Cour en un déni de justice qui a porté atteinte à la substance même du droit à un tribunal garanti par l'article 6 § 1 de la Convention. Par conséquent, il y a eu violation de cette disposition.

(...)

PAR CES MOTIFS, LA COUR

(...)

2. *Dit*, par six voix contre une, qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention quant au droit à un tribunal;

(...)

Fait en français, puis communiqué par écrit le 13 juillet 2004, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

S. DOLLÉ
Greffière

J.-P. COSTA
Président

BENEFICIO CAPPELLA PAOLINI v. SAN MARINO
(Application no. 40786/98)

SECOND SECTION

JUDGMENT OF 13 JULY 2004¹

1. Translation; original French. Extracts.

SUMMARY¹**Jurisdiction declined by both civil and administrative courts****Article 6 § 1**

Right to a court – Civil proceedings – Administrative proceedings – Jurisdiction declined by both civil and administrative courts – No decision on merits of dispute – Denial of justice

*
* * *

In 1985 a lawful expropriation order was issued in respect of certain plots of land belonging to the applicant church, which were earmarked by the authorities for urban development projects that were scheduled for completion by 31 December 1987. On 10 November 1988, relying on a legal provision which provided that expropriation orders lapsed in the event of expiry of the deadline set for completion of the relevant work, the applicant church brought an action before the first-instance civil court to recover possession of the land which had not been used by the State. Faced with a decision of non-jurisdiction, the applicant church brought an action on appeal to establish title to land. It also applied to the administrative courts for restitution. Those proceedings resulted in a final decision stating that the law conferred jurisdiction in the matter on the civil courts. Four years later the judge of civil appeals also stated that he did not have jurisdiction, taking the view that jurisdiction lay with the administrative courts. The merits of the question submitted by the applicant church were thus never determined.

Held

Article 6 § 1: The Court's task was not to examine whether or not, in the light of the applicable domestic legislation, the civil and administrative courts had jurisdiction to determine the merits of the dispute. It noted that the applicant church had had access to those courts, but that none of them had ruled on whether it was entitled to restitution of the land that had been expropriated but not used. That situation amounted to a denial of justice which had impaired the very essence of the right of access to a court as secured by Article 6 § 1 of the Convention.

Conclusion: violation (six votes to one).

Case-law cited by the Court

Golder v. the United Kingdom, judgment of 21 February 1975, Series A no. 18

Bellet v. France, judgment of 4 December 1995, Series A no. 333-B

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

In the case of Beneficio Cappella Paolini v. San Marino,

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

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

Mr A.B. BAKA,

Mr L. LOUCAIDES,

Mr C. BIRSAN,

Mr K. JUNGWIERT,

Mr V. BUTKEVYCH, *judges*,

Mr L. FERRARI BRAVO, *ad hoc judge*,

and Mrs S. DOLLÉ, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 8 April 2003 and 22 June 2004,

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

...

THE FACTS

8. The applicant church is a San Marinense church institution.

9. On 7 March 1985 the San Marinense government issued an expropriation order in respect of certain plots of land belonging to the applicant church. The latter was awarded 114,790,590 Italian lire (about 59,284 euros) in compensation. The land, which was earmarked for urban development projects that were scheduled for completion by 31 December 1987, was only partially used. On 16 February 1987 the applicant church applied to the government seeking to recover possession of the unused land. On 20 October 1987 the government refused the application on the ground that the land in question could still be used in the interests of the community.

1. Proceedings in the civil courts

10. On 10 November 1988, relying on section 14(3) of Law no. 18 of 25 March 1980 ("Law no. 18/1980"), which provides that expropriation orders lapse in the event of expiry of the deadline set for completion of the relevant work, the applicant church brought an action before the first-instance civil judge (*Commissario della Legge*) to recover possession. The first hearing, which was set for 19 January 1989, could not be held on that date as the government had not been notified. The government joined the proceedings on 5 May 1989. At a hearing on 23 September 1989, the government requested that a particular witness be heard. That request was granted on 12 January 1990. On the date in question, namely 5 April 1990, the witness failed to attend the hearing. On 26 September 1990 the government waived its right to have the witness heard. The

parties submitted their written pleadings on 23 May 1991. Preparation of the case was concluded on 14 November 1991.

11. By a judgment of 14 January 1992, deposited at the registry on the same date, the court dismissed the applicant church's request on the grounds that, firstly, the expropriation order of 20 October 1987 was an administrative act and thus fell outside the civil court's jurisdiction and, secondly, that the applicant church could not bring an action to recover possession, since the disputed land had been lawfully expropriated and had not been obtained by the State without title.

12. On 12 March 1992 the applicant church brought an action before the judge of civil appeals (*Giudice delle Appellazioni Civili*) to establish title to land, seeking to obtain restitution of the land in question in accordance with section 14(3) of Law no. 18/1980. It also alleged that the authorities' conduct had breached Article 1 of Protocol No. 1. The first hearing was held on 9 April 1992. On 21 May 1992 the applicant church filed a number of documents. On 29 May 1992 the proceedings were adjourned on the ground that an attempt to reach a friendly settlement was in progress. On 2 December 1992, noting that the negotiations had failed, the *Commissario della Legge*, the official responsible for preparing appeal cases, ordered that the proceedings be resumed. At a hearing on 25 February 1993, the applicant church requested that an expert be appointed and a witness questioned in order to determine exactly which parts of the land had not been used. By decisions of 2 March and 6 April 1993, the *Commissario della Legge* allowed both requests. Evidence was heard from the witness on 24 June 1993 and the expert report was filed on 7 November 1993. The parties lodged their final submissions on 10 February and 24 March 1994. Preparation of the case was concluded on 27 April 1994.

13. In December 1994 the appeal judge C.P. died. No other judge could replace him, as the organisational structure of the court of civil appeals provided for only one judge. On 17 January 1995 the General Grand Council (*Consiglio Grande e Generale*) enacted Law no. 2/1995, section 1 of which provided: "If the judge of civil appeals dies or if, following a serious impediment, he or she is unable to perform the duties of investigating judge, those duties shall be carried out by one of the judges of criminal appeals, who shall carry out any urgent measures until such time as a replacement is appointed or the serious impediment is removed ..."

14. On 25 April 1995 the General Grand Council appointed Judge P.G.P. to replace the deceased judge. However, P.G.P. asked the Council of the XII for leave to withdraw from the proceedings in question on the ground that he had been involved as the first-instance civil judge. Under section 17 of Law no. 2/1995, the Council of the XII, which acted as a third-instance judicial body in cases where the appeal court did not uphold the decision of the first-instance court, was also responsible at the material time for ruling on requests to withdraw or applications challenging a judge.

15. On 26 September 1995 the Council of the XII granted the request and sent the case in question to P.G., an appeal judge in criminal cases (*Giudice delle Appellazioni per le cause penali*).

16. He dismissed the appeal in a judgment of 18 December 1998, which was deposited at the registry on the same date. He found that section 14(3) of Law no. 18/1980 provided that expropriation orders would lapse where the deadline for execution of the relevant work had expired, but not in the event of failure to use all of the expropriated assets; that, in any event, the administrative courts had jurisdiction to rule on the merits of expropriation proceedings; and that the appellant sought restitution of its title to the assets, whereas at first instance it had sought merely to recover possession of the land. He concluded that the request could not be granted since, according to the established case-law, “requests made for the first time on appeal [were] manifestly inadmissible” (judgment of the *Giudice delle Appellazioni Civili*, 20 July 1970, no. 147).

2. *Proceedings in the administrative courts*

17. In the meantime, after a new land-use plan had taken effect, changing the designated use of the land in question from industrial to agricultural, the applicant church had asked the government on 3 March 1992 to return its assets. On 24 November 1992, having received no reply, it sent the government a formal notice asking it to adopt the necessary measures for restitution. On 20 April 1993 it applied to the first-instance administrative court. A hearing took place on 3 August 1993. By a judgment of 17 August 1993, deposited at the registry on the same date, the court stated that it did not have jurisdiction to “recognise the existence of a possible right to restitution of unused land”, as the administrative courts could only examine legitimate interests. It found that the General Grand Council alone was entitled to rule on what was to be done with the said property. Noting finally that the new land-use plan had changed the designated use of the unused land, it declared the expropriation order of 7 March 1985 void in so far as it had lapsed in respect of that particular property, but pointed out that declaring it void did not create a right to reconveyance.

18. The government then lodged an appeal, disputing the existence of an implied refusal which would legitimise an application to the first-instance administrative courts, and also the latter’s jurisdiction to declare the expropriation order partially void. The appeal hearing, initially fixed for 13 January 1994, was adjourned to 24 May 1994 because the judge of administrative appeals was unable to attend. He allowed the appeal in a judgment of 26 May 1994, which was deposited at the registry on the same date. The judge found that the State had acquired ownership of the plots

of land in accordance with a procedure prescribed by law, on payment of compensation for expropriation, and that no legislative provision obliged the government to return that property. Accordingly, he concluded that the applicant church's request of 20 April 1993 was inadmissible, since the government's behaviour could not be described as an implied refusal. Finally, he stated that, in declaring the expropriation order partially void – an order which, moreover, had never been contested – the first-instance administrative court had exceeded its jurisdiction, which only permitted it, where appropriate, to declare unlawful the government's alleged implied refusal.

19. On an unspecified date, the administrative court of appeal ordered that the case file be sent to the Council of the XII. After taking expert advice, that body gives rulings in administrative disputes where first-instance and appeal judgments reach opposite conclusions (section 21 of Law no. 68 of 28 June 1989 establishing the administrative courts). On 27 September 1994 the Council of the XII upheld the appeal court's judgment, thus endorsing the expert's conclusion that, while the public-interest declaration in connection with the urban development work had transformed Beneficio Cappella Paolini's right of property into a mere legitimate interest, section 14(3) of Law no. 15/1980 conferred not only a legitimate interest in the lawfulness of the authorities' actions but an actual right to apply to the civil courts and obtain a declaration that the expropriation order had lapsed because the deadline for completion of the work had expired.

THE LAW

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

...

2. "Right to a court"

26. As to the alleged denial of justice, the Government argued that the applicant church bore sole responsibility for its failure, in so far as it had applied to the administrative courts to uphold a right (*diritto soggettivo*) and to the civil courts for recognition of a "legitimate interest" (*interesse legittimo*), in other words an individual position indirectly protected as far as was consistent with the public interest. Furthermore, the applicant church had submitted a new request on appeal that had not been included in the claim before the first-instance court, which fully justified the decision to dismiss it, in accordance with the relevant settled case-law.

27. The applicant church pointed out that the domestic courts had not determined the merits of the issue submitted to them, since they had successively declared that they lacked jurisdiction to deal with the case.

28. The Court reiterates that, under its case-law, Article 6 § 1 embodies the “right to a court”, of which the right of access, that is the right to institute proceedings before courts in civil matters, constitutes one aspect only (see *Golder v. the United Kingdom*, judgment of 21 February 1975, Series A no. 18, p. 18, § 36). For the right of access to be effective, an individual must have a clear, practical opportunity to challenge an act that is an interference with his or her rights (see *Bellet v. France*, judgment of 4 December 1995, Series A no. 333-B, p. 42, § 36).

In the instant case, the applicant church applied to the first-instance civil court to recover possession of land belonging to it which had been expropriated by the State and not used; it subsequently brought an action on appeal to establish title to the land with a view to recovering ownership of it; in the proceedings before the administrative courts, it applied from the outset for restitution of the land (see paragraphs 10-19 above). In his judgment of 18 December 1998, the judge of civil appeals asserted that jurisdiction for examining the merits of expropriation proceedings lay with the administrative courts. In contrast, on 27 September 1994, the Council of the XII, upholding the administrative court of appeal’s judgment, stated that Law no. 15/1980 conferred an actual right to apply to the civil courts to obtain a declaration that an expropriation order had lapsed if the deadline for completion of work had expired (see paragraphs 16 and 19 above).

29. The Court’s task is not to examine whether or not, in particular in the light of section 14(3) of Law no. 15/1980, the civil and administrative courts had jurisdiction to determine the merits of the case. It notes that the applicant church had access to those courts but that none of them ruled on whether it was entitled to restitution of the land that had been expropriated but not used. In the Court’s view, that situation amounts to a denial of justice which impaired the very essence of the applicant church’s right of access to a court as secured by Article 6 § 1 of the Convention. There has consequently been a violation of that provision.

...

FOR THESE REASONS, THE COURT

...

2. *Holds* by six votes to one that there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention with regard to the right to a court;

...

Done in French, and notified in writing on 13 July 2004, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

S. DOLLÉ
Registrar

J.-P. COSTA
President

PLA ET PUNCERNAU c. ANDORRE
(Requête n° 69498/01)

QUATRIÈME SECTION

ARRÊT DU 13 JUILLET 2004¹

1. Texte français original.

SOMMAIRE¹**Exclusion d'un enfant adoptif du bénéfice d'une succession à la suite d'une interprétation judiciaire de la volonté du testateur****Article 14 combiné avec l'article 8**

Discrimination – Exclusion d'un enfant adoptif du bénéfice d'une succession à la suite d'une interprétation judiciaire de la volonté du testateur – Vie familiale – Succession – Enfant héritant via son père adoptif des biens de sa grand-mère adoptive décédée avant son adoption – Différence de traitement du fait de la naissance hors mariage – Interprétation par une juridiction nationale d'un acte privé – Testament – Principe général du droit – Interprétation de la Convention à la lumière des conditions de vie actuelles – Interprétation par une juridiction nationale d'un acte juridique en flagrante contradiction avec un droit garanti par la Convention et avec les principes sous-jacents à la Convention

*
* *

Le père adoptif et mari, respectivement, des requérants était le bénéficiaire testamentaire de l'héritage de sa mère et héritier fiduciaire. Dans son testament daté de 1939, sa mère avait indiqué que son fils devait transmettre les biens faisant l'objet du testament à un « fils ou petit-fils d'un mariage légitime et canonique » et que, si cette condition n'était pas remplie, le bénéfice de l'héritage passerait à d'autres descendants. En 1969, le bénéficiaire du testament contracta un mariage canonique avec la seconde requérante et ils adoptèrent le premier requérant selon les modalités de l'adoption plénière. En 1995, par un acte privé, le père adoptif du premier requérant lui légua les biens provenant de l'héritage maternel en nue-propriété, l'usufruit en étant attribué à la seconde requérante. L'ouverture de sa succession eut lieu en novembre 1996. Estimant que le premier requérant, en tant qu'enfant adopté, ne pouvait bénéficier du testament établi par la testatrice en 1939, deux arrière-petites-filles de celle-ci, également héritières potentielles, introduisirent une action civile. Leur action tendait essentiellement à faire déclarer nul et sans effet l'acte privé de 1995 et à faire condamner les requérants à leur remettre tous les biens constituant l'héritage de leur arrière-grand-mère. Le tribunal de première instance débouta les demandesses, estimant que la volonté de la testatrice devait se déduire des mots utilisés dans le testament ; la testatrice n'avait pas entendu exclure de l'héritage les enfants adoptés ou non biologiques, car si telle avait été son intention, elle l'aurait prévue expressément. L'acte privé de 1995 était donc conforme au testament dicté en 1939. En mai 2000, le Tribunal supérieur de justice infirma le jugement attaqué. Il décida quant à lui de procéder à une interprétation de la volonté de la testatrice. Se référant au cadre juridique en vigueur à l'époque de la testatrice, le Tribunal supérieur jugea que

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

celle-ci n'avait pas voulu inclure les enfants adoptifs dans les bénéficiaires de l'héritage. Il annula donc l'acte privé de 1995, déclara que les arrière-petites-filles de la testatrice étaient les héritières légitimes du patrimoine de leur arrière-grand-mère, et ordonna que les biens leur fussent restitués. Les recours présentés par les requérants furent tous rejetés.

Article 14 combiné avec l'article 8 – Applicabilité (exception préliminaire): les droits successoraux entre petits-enfants et grands-parents relèvent de la «vie familiale» et c'est le cas en l'espèce, même si le décès de la testatrice est survenu avant l'adoption de son petit-fils. Sur le fond, ce n'est pas la législation nationale applicable qui est en cause mais l'interprétation faite par les juridictions andorranes d'une clause testamentaire. S'agissant de l'interprétation d'un acte éminemment privé tel qu'une clause testamentaire insérée par un particulier dans un testament, un problème d'atteinte à la vie privée et familiale ne pourrait se poser que dans l'hypothèse d'une appréciation par le juge national des éléments de fait ou de droit interne qui serait manifestement déraisonnable ou arbitraire ou en flagrante contradiction avec les principes fondamentaux de la Convention. En l'occurrence, le Tribunal supérieur de justice a estimé que la notion de «fils» insérée dans le testament de 1939 concernait seulement les fils biologiques. La Cour ne peut suivre cette conclusion. En effet, elle estime que la lecture du testament ne permet pas de déduire que la testatrice souhaitait exclure du bénéfice de la succession un éventuel petit-fils adoptif. L'intéressée aurait pu le faire, mais puisqu'elle ne l'a pas fait, l'unique conclusion possible et logique est qu'elle n'a pas souhaité le faire. L'interprétation donnée par le Tribunal supérieur de justice de la clause testamentaire est contraire au principe général du droit selon lequel si l'énoncé est exempt d'ambiguïté, point n'est besoin de s'interroger sur la volonté de celui qui s'est ainsi exprimé. Certes, la Cour n'est pas appelée, en principe, à régler des différends purement privés. Cela étant, dans l'exercice du contrôle européen qui lui incombe, elle ne saurait rester inerte lorsque l'interprétation faite par une juridiction nationale d'un acte juridique, qu'il s'agisse d'une clause testamentaire, d'un contrat privé, d'un document public, d'une disposition légale ou encore d'une pratique administrative, apparaît comme étant déraisonnable, arbitraire ou, comme en l'espèce, en flagrante contradiction avec l'interdiction de discrimination établie à l'article 14 et plus largement avec les principes sous-jacents à la Convention. Dans cette affaire, l'interprétation faite par le Tribunal supérieur de justice de la clause testamentaire litigieuse a eu pour effet de priver le premier requérant de son droit à la succession de sa grand-mère, au profit des filles de son cousin. En outre, la seconde requérante a perdu son droit à l'usufruit des biens de l'héritage comme en avait disposé son défunt époux. Dès lors que la clause testamentaire, telle qu'elle fut établie par la testatrice, ne faisait aucune distinction entre enfant biologique et enfant adoptif, toute interprétation devenait superfétatoire. Pareille interprétation s'analyse donc en une exclusion judiciaire de l'enfant adoptif dans ses droits successoraux.

La Cour ne décèle pas le but légitime poursuivi par une telle distinction ni sur quelle justification objective et raisonnable elle pourrait reposer. D'après elle, un enfant ayant fait l'objet d'une adoption – qui plus est d'une adoption plénière – se trouve dans la même position juridique que s'il était l'enfant biologique de ses parents, et cela à tous égards: relations et conséquences liées à sa vie de famille

et droits patrimoniaux qui en découlent. Au surplus, rien n'indique que des motifs d'ordre public exigeaient que le niveau de protection accordé par le juge aux demanderesse à l'action en justice prévale sur celui dont bénéficiait le requérant. La Convention est un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions actuelles, et les Etats membres du Conseil de l'Europe attachent de nos jours de l'importance à l'égalité, en matière de droits de caractère civil, entre enfants issus du mariage et enfants nés hors mariage. Ainsi, à supposer même que la clause testamentaire en question eût nécessité une interprétation par les juridictions internes, une telle interprétation ne pouvait se faire exclusivement à la lumière du contexte social en vigueur au moment de la rédaction du testament ou du décès de la testatrice, en l'occurrence en 1939 et en 1949, dans la mesure où, notamment, une période de cinquante-sept ans s'est écoulée entre la date d'établissement du testament et le moment de l'ouverture de la succession. En présence d'un intervalle de temps aussi long, au cours duquel de profonds changements sont survenus dans les domaines tant social qu'économique et juridique, le juge ne peut ignorer ces nouvelles réalités. Cela vaut également pour le domaine testamentaire où toute interprétation, si tant est qu'elle était nécessaire, doit rechercher quelle était la volonté du *de cuius* ainsi que l'effet utile du testament, tout en gardant à l'esprit que l'on « ne peut pas présumer que le testateur aurait voulu ce qu'il n'a pas dit », et sans oublier de conférer à la disposition testamentaire le sens le plus conforme au droit interne et à la Convention telle qu'interprétée par la jurisprudence de la Cour.

Conclusion : violation (cinq voix contre deux).

Article 41 : la Cour réserve la question de l'application de cet article.

Jurisprudence citée par la Cour

Marckx c. Belgique, arrêt du 13 juin 1979, série A n° 31

Winterwerp c. Pays-Bas, arrêt du 24 octobre 1979, série A n° 33

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

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

Vermeire c. Belgique, arrêt du 29 novembre 1991, série A n° 214-C

Van Raalte c. Pays-Bas, arrêt du 21 février 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-I

Larkos c. Chypre [GC], n° 29515/95, CEDH 1999-I

Mazurek c. France, n° 34406/97, CEDH 2000-II

Camp et Bourimi c. Pays-Bas, n° 28369/95, CEDH 2000-X

Fretté c. France, n° 36515/97, CEDH 2002-I

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 l'affaire Pla et Puncernau c. Andorre,

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

Sir Nicolas BRATZA, *président*,

M^{me} V. STRÁŽNICKÁ,

MM. J. CASADEVALL,

R. MARUSTE,

L. GARLICKI,

J. BORREGO BORREGO,

S. PAVLOVSKI, *juges*,

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

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 7 octobre 2003,
23 avril 2004 et 22 juin 2004,

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

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 69498/01) dirigée contre la Principauté d'Andorre et dont deux ressortissants de cet Etat, M. Antoni Pla Puncernau et M^{me} Roser Puncernau Pedro («les requérants»), ont saisi la Cour le 16 mai 2001 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales («la Convention»).

2. Les requérants sont représentés par M^r M. Pujadas, avocat à Andorre. Le gouvernement andorran («le Gouvernement») est représenté par son agente, M^{me} R. Castellón Sánchez, chef du cabinet juridique du Gouvernement.

3. Les requérants alléguaient que les décisions rendues par le Tribunal supérieur de justice et le Tribunal constitutionnel avaient opéré à l'encontre du premier d'entre eux une discrimination en matière de droits successoraux fondée sur le mode de filiation qui, à leur avis, emportait violation de l'article 8 de la Convention pris isolément et combiné avec l'article 14.

4. La requête a été attribuée à la quatrième 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. Le 1^{er} novembre 2001, la Cour a modifié la composition de ses sections (article 25 § 1 du règlement). La présente requête a été attribuée à la quatrième section ainsi remaniée (article 52 § 1).

6. Par une décision du 27 mai 2003, la chambre a déclaré la requête partiellement recevable.

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

8. Une audience s'est déroulée en public au Palais des Droits de l'Homme, à Strasbourg, le 7 octobre 2003 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M ^{mme} R. CASTELLÓN SÁNCHEZ,	<i>agente,</i>
M ^{cs} M. VILA AMIGÓ,	<i>conseil,</i>
M. FERNÁNDEZ LLORENS,	
J. MEDINA ORTIZ, avocats,	<i>conseillers ;</i>

– *pour les requérants*

M ^{cs} M. PUJADAS,	
C. LLUFRIU,	
V. DURICH, avocats,	<i>conseils.</i>

9. La Cour a entendu en leurs déclarations, ainsi qu'en leurs réponses à une question du président de la chambre, M^c Pujadas pour les requérants et M^c Vila Amigó pour le Gouvernement.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

10. Le premier requérant, M. Antoni Pla Puncernau, né en 1966, est le fils adoptif de la seconde requérante, M^{mme} Roser Puncernau Pedro. Lors de l'introduction de la requête, celle-ci était la curatrice de son fils, handicapé mental. Tous deux résidaient en Andorre. Elle est décédée alors que l'affaire était pendante devant la Cour.

A. Genèse de l'affaire

11. En 1949 M^{mme} Carolina Pujol Oller, veuve de feu Francesc Pla Guash, décéda en laissant trois enfants: Francesc-Xavier, Carolina et Sara. La défunte avait fait en 1939 un testament devant notaire dont la septième disposition instituait une substitution fidéicommissaire au bénéfice de son fils Francesc-Xavier avec, pour le cas où ce dernier ne pourrait hériter, une clause de substitution en faveur de sa sœur Carolina. Si celle-ci s'avérait être elle-même dans l'impossibilité de recueillir la succession, c'était alors Josep Antoni Serra Pla, fils de Sara, qui devait hériter.

12. La testatrice indiqua que Francesc-Xavier, le bénéficiaire de son testament et héritier fiduciaire, devait transmettre les biens faisant l'objet du testament à un fils ou à un petit-fils d'un mariage légitime et canonique, qui serait l'héritier fidéicommissaire. Pour ce faire, elle inséra la clause suivante dans le testament : «Celui qui deviendra héritier devra obligatoirement transmettre la succession à un fils ou à un petit-fils d'un mariage légitime et canonique (...)» («*El qui arribi a ésser hereu haurà forçosament de transmetre l'herència a un fill o net de legítim i canònic matrimoni (...)*»).

Faute de réunir ces conditions, la testatrice disposa que les enfants et petits-enfants des substitués seraient appelés à la succession.

13. Le bénéficiaire du testament, Francesc-Xavier, contracta un mariage canonique avec la requérante Roser Puncernau Pedro. Par un acte établi le 11 novembre 1969 devant un notaire de La Corogne (Espagne), le couple adopta un enfant, Antoni, selon les modalités de l'adoption plénière. Par la suite, ils adoptèrent un second enfant.

14. En 1995, Francesc-Xavier Pla Pujol établit un testament dans lequel il légua 300 506 euros (EUR) à son fils Antoni (le premier requérant) et 180 303 EUR à sa fille. Par ailleurs, il désignait son épouse Roser (la seconde requérante) héritière universelle du reste de ses biens. Par un codicille du 3 juillet 1995, Francesc-Xavier Pla Pujol légua à son fils adoptif Antoni les biens provenant de l'héritage de sa mère en nue-propriété, l'usufruit étant attribué à son épouse. L'héritage en question était constitué par un ensemble de biens immobiliers. Francesc-Xavier Pla Pujol décéda le 12 novembre 1996. L'ouverture du codicille eut lieu le 27 novembre 1996.

15. Ainsi, les seuls héritiers potentiels de la succession testamentaire sont les requérants, Antoni Pla Puncernau et sa mère, et deux sœurs, Carolina et Immaculada Serra Areny, arrière-petites-filles de la testatrice.

B. Action civile introduite par les sœurs Carolina et Immaculada Serra Areny, en vue d'obtenir la nullité du codicille de 1995

16. Le 17 juillet 1997, Carolina et Immaculada Serra Areny saisirent le tribunal des batlles d'Andorre d'une action civile tendant à faire déclarer nul et non avenu le codicille du 3 juillet 1995, et à faire condamner les requérants, en tant que défendeurs à l'action, à remettre aux demanderesse tous les biens constituant l'héritage de leur arrière-grand-mère, Carolina Pujol Oller, ainsi qu'au paiement de dommages-intérêts pour possession indue de ces biens.

17. Par un jugement contradictoire du 14 octobre 1999, la chambre civile du tribunal des batlles d'Andorre rejeta l'action pour les motifs suivants :

« (...) »

III. Considérant que les deux parties s'accordent à dire que c'est la volonté de la testatrice au moment où elle dicte son testament qui en détermine le contenu, de sorte que le testament doit s'interpréter suivant sa volonté, celle-ci devant se déduire des mots utilisés dans le testament (Digeste 50, 16, 219). Dès 1941, il ressortait de la jurisprudence des tribunaux andorrans (jugement du juge délégué aux appels en date du 3 février 1941) que « dans les successions tant légales que testamentaires, on doit tenir principalement compte de la volonté des testateurs, comme cela se déduit de nombreuses dispositions de droit romain et de droit canon (...) »

IV. Considérant que dans le testament daté du 12 octobre 1939, la testatrice dispose que (...) « Celui qui deviendra héritier devra obligatoirement transmettre la succession à un fils ou à un petit-fils d'un mariage légitime et canonique (...) » [*« El qui arribi a ésser hereu haurà forçosament de transmetre l'herència a un fill o net de legítim i canònic matrimoni (...) »*]

Ce faisant, le testament en question établit une substitution fidéicommissaire dite « *si sine liberis decesserit* » (...) Si l'on procède à l'analyse de la finalité de la substitution fidéicommissaire « *sine liberis* », l'on s'aperçoit que ce qui est recherché est le maintien du patrimoine familial au sein de la famille et, partant, la stabilité et la conservation du patrimoine.

V. Considérant que pour interpréter le contenu du testament en question, il convient de prendre en compte, comme cela a été dit précédemment, la volonté de la testatrice d'après les mots utilisés et à la lumière des circonstances et de la réalité en vigueur lorsqu'elle s'est exprimée.

A l'époque de la rédaction du testament, la Constitution n'avait pas été promulguée et il n'existait aucune loi ordinaire ni d'autres dispositions analogues en la matière. En conséquence, pour interpréter le contenu des mots utilisés dans le testament, il faut se référer au droit coutumier, au « *ius comune* » découlant de la réception du droit romain et des modifications introduites par le droit canon, ainsi qu'à la jurisprudence des tribunaux andorrans en la matière (...) En revanche, ni législation, ni jurisprudence, ni doctrine étrangères ne peuvent s'appliquer en l'espèce.

Le *Corpus Iurium* contenait l'institution de l'adoption et assimilait au mot « enfant » les enfants naturels et les enfants adoptifs (...) en prévoyant deux modalités d'adoption : celle qui était réalisée sous l'autorité d'un *princep* ou celle qui se déroulait devant un magistrat. Dans le premier cas, on utilisait une formule consistant à demander à l'adoptant s'il voulait l'adopté comme enfant légitime et à l'adopté s'il y consentait. On y précisait également que « la parenté par consanguinité ne se contracte pas par un acte mais par la naissance ou par l'adoption solennelle » (Dioclétien et Maximien, *Codi* 4, 19, 13). En outre, « le lien père-enfant n'est institué ni par de simples affirmations ni par fausse confession, même si les deux parties y consentent, mais uniquement dans le cadre d'un mariage légitime ou moyennant l'adoption solennelle » (Dioclétien et Maximien, *Codi* 4, 19, 14) (...)

En conséquence, selon la conception romaine de l'adoption, l'adopté sort de sa famille d'origine et rompt tous les liens l'unissant à celle-ci. Parallèlement, il devient le fils de la famille de l'adoptant et, en tant que tel, jouit entre autres du nom de cette famille et surtout acquiert des droits de succession. Cette institution a été utilisée essentiellement à des fins héréditaires. Par la suite, deux formes d'adoption furent prévues : l'adoption plénière et l'adoption simple [*menys plena*], cette dernière ayant comme seule finalité celle de garantir les droits de l'adopté sur l'héritage de l'adoptant ; quant à la première

forme d'adoption, elle est fondée sur l'idée que l'adoption doit remplacer ou imiter la filiation naturelle.

(...)

VI. (...) Si l'on tient compte du fait que l'adoption est une institution juridique, qui a pour finalité de donner la possibilité aux couples privés d'enfants d'en avoir (...) Ainsi l'adoption répondait déjà à cette époque à une nécessité, l'enfant adopté étant assimilé à l'enfant légitime, approche qui a été confirmée ultérieurement par la Constitution et les textes législatifs.

En conséquence, on ne peut dire que la testatrice, en utilisant cette formule, a entendu exclure de l'héritage les enfants adoptés ou non biologiques. Car si telle avait été son intention, elle l'aurait prévue expressément.

Dès lors, le codicille établi par l'héritier, aujourd'hui décédé, Francesc-Xavier Pla Pujol, est conforme au testament dicté par la défunte Carolina Pujol Oller, et ainsi ne peut être déclaré nul (...)

C. Appel devant le Tribunal supérieur de justice d'Andorre

18. Les sœurs Serra Areny interjetèrent appel contre ce jugement devant le Tribunal supérieur de justice d'Andorre. Par un arrêt contradictoire du 18 mai 2000, le Tribunal supérieur infirma la décision attaquée. Faisant droit à l'action des demandresses, il annula le codicille du 3 juillet 1995, déclara qu'elles étaient les héritières légitimes du patrimoine de leur arrière-grand-mère et ordonna aux requérants de restituer les biens en question. Le Tribunal fonda son arrêt sur les motifs suivants :

« II. (...) En conséquence, la question fondamentale à trancher en l'espèce est celle de savoir si l'enfant ayant fait l'objet d'une adoption plénière peut être considéré comme un enfant d'un mariage légitime et canonique, comme l'exigeait la testatrice (...)

III. La question doit se résoudre selon le cadre juridique de la filiation adoptive en vigueur dans les années 1939 et 1949, c'est-à-dire entre le moment où M^{me} Carolina Pujol i Oller a établi son acte testamentaire et la date de son décès. Dès lors, le testament devient un acte juridique à partir du moment où il est établi conformément aux formalités légales. En conséquence, s'agissant de l'interprétation des dispositions testamentaires, il convient dans le cas présent de considérer la situation juridique de l'enfant adoptif dans le contexte social et familial de l'année 1939, date où le testament fut rédigé et, si l'on veut, de l'année 1949, date de la mort de la testatrice (...)

Les auteurs directement en contact avec la réalité andorrane soulignent que l'adoption est pratiquement inconnue en Andorre (Brutails: *La coutume d'Andorre*, p. 122), affirmation confirmée par tous les recueils de jurisprudence andorrane, dans lesquels ne figure aucune référence à l'adoption. Ce silence est du reste parfaitement explicable dans la mesure où les dispositions de droit romain en matière d'adoption étaient difficilement transposables à la famille andorrane de la première moitié du XX^e siècle pour les motifs suivants: depuis le XIX^e siècle, on pouvait la considérer comme une institution tombée en désuétude et, dans une certaine mesure, inutile, étant donné que, si d'après le droit romain, elle avait comme but prépondérant celui

de se procurer un successeur ou héritier, cette finalité s'obtenait en Principauté d'Andorre par le biais de l'institution de l'*heretament* (pacte de succession future, spécifique au droit catalan, établi en faveur d'un tiers), introduite par la voie coutumière. Dans ce contexte social et familial, il est difficile d'envisager que, lorsque la testatrice a mis en place l'obligation fidéicommissaire pour le cas où l'héritier fiduciaire décéderait sans descendant d'un mariage légitime et canonique, elle faisait également référence à la descendance adoptive, laquelle à cette époque n'était pas ancrée dans la Principauté d'Andorre.

Le fait que, en l'espèce, les adoptants soient les deux époux ne fait pas de l'adopté un enfant légitime ou du mariage, car la distinction entre enfants du mariage ou non présente un intérêt uniquement dans les cas d'enfants naturels (...), tandis que pour les enfants adoptés, la distinction entre enfants du mariage ou non ne s'applique pas. Dès lors, l'enfant adopté par un couple est un enfant adoptif, et non un enfant légitime ou du mariage (...)

En outre, l'acte authentique d'adoption fut établi en Espagne selon les modalités espagnoles de l'adoption plénière (...). Concernant les conditions et effets généraux de celle-ci, est applicable la loi du 24 avril 1958 portant modification du code civil, d'après laquelle l'adoption conférait à l'adopté la condition d'enfant à l'égard du père ou/et de la mère adoptants, mais ne lui attribuait pas un statut familial à l'égard de la famille de l'adoptant. En effet, d'après l'article 174-VII du code civil espagnol, l'adoption créait un lien de parenté entre l'adoptant, l'adopté et sa descendance légitime, mais non avec la famille de l'adoptant. Par ailleurs, les droits de succession se trouvaient aussi limités en l'espèce. Ainsi, l'acte d'adoption renvoyait à la législation catalane sur le sujet, à savoir la compilation de droit civil de Catalogne de 1960. L'article 248 énonçait que les enfants adoptifs étaient seulement appelés à la succession *ab intestat* du père ou de la mère adoptants, mais non pas à celle du reste de la famille des adoptants. Cette règle répondait à l'idée d'après laquelle l'adoption créait uniquement un *status filii*, et non un *status familiae*.

IV. Cela signifie qu'au moment de l'adoption les enfants adoptifs de celui institué comme héritier dans les patrimoines héréditaires du père et de la mère avaient, du point de vue juridique, la condition de personnes étrangères au cercle familial, à l'égard des ascendants de l'héritier fiduciaire. Cette perspective est fortement liée à la faible incidence de l'adoption sur la conscience sociale et familiale en Andorre, tant à l'époque où le testament fut délivré qu'au moment du décès de la testatrice. En effet, la volonté présumée de la testatrice doit être établie à la lumière des circonstances existant à l'époque de son décès. Or les enfants adoptifs de son fils légitime ou du mariage étaient des personnes étrangères au cercle familial, du point de vue tant juridique que sociologique.

En effet, le fidéicommis familial catalan *si sine liberis decesserit* a pour finalité de maintenir le patrimoine familial au sein de la famille légitime ou matrimoniale, et la tradition juridique catalane a toujours favorisé l'exclusion des enfants adoptifs de ce fidéicommis familial (...). Ainsi, pour que les enfants adoptifs puissent être admis dans le fidéicommis, il faut que l'intention de la testatrice de s'écarter du sens habituel de cette institution soit indubitable. En l'espèce, l'expression «descendants d'un mariage légitime et canonique», utilisée dans le testament de 1939, ne saurait suffire pour déduire l'intention de la testatrice de s'écarter de la signification habituellement octroyée au fidéicommis *si sine liberis decesserit* en droit des successions catalan et andorran.

V. Tout ce qui précède tend à indiquer que, bien que le droit en vigueur au moment où l'adoption est devenue effective reconnût des droits successoraux aux enfants adoptés à l'égard des parents adoptifs dans les cas de successions *ab intestat* (code 8, 48, 10), ces mêmes droits ne peuvent être étendus à la succession testamentaire, où l'élément essentiel est la volonté du testateur. Ainsi, toute hésitation concernant l'étendue de l'expression «descendants d'un mariage légitime et canonique» doit être levée après analyse de la volonté de la testatrice à la lumière du contexte social, familial et juridique dans lequel elle vécut. En l'espèce, il n'existe aucun argument favorable à l'inclusion des enfants adoptifs de l'héritier fiduciaire, étant donné la faible incidence de l'adoption en droit de la famille et des successions andorran, l'attribution à l'adopté d'un statut d'enfant (fils) et non de membre de la famille des parents de l'adoptant, et les finalités traditionnellement attribuées au fidéicommiss familial catalan ainsi que la tradition juridique catalane et andorrane.»

D. Recours en nullité de la procédure devant le Tribunal supérieur de justice d'Andorre

19. Alléguant que l'arrêt du Tribunal supérieur de justice portait atteinte au principe d'égalité devant la loi protégé par l'article 6 de la Constitution andorrane et à l'article 10 de la Constitution andorrane (droit à la protection judiciaire et à un procès équitable), les requérants déposèrent un recours en nullité auprès dudit tribunal. Par une décision du 28 juin 2000, le Tribunal supérieur de justice rejeta le recours pour défaut de fondement.

E. Recours d'*empara* devant le Tribunal constitutionnel

20. Les requérants formèrent un recours d'*empara* contre les décisions rendues par le Tribunal supérieur de justice devant le Tribunal constitutionnel, alléguant la violation des articles 13.3 (principe d'égalité des enfants devant la loi indépendamment de leur filiation) et 10 (droit à la protection judiciaire et à un procès équitable) de la Constitution andorrane. Par une décision du 13 octobre 2000, la haute juridiction déclara irrecevable le recours pour les motifs suivants :

« (...) Il semble évident que le jugement du Tribunal supérieur de justice se limite à clarifier et déterminer, c'est-à-dire à interpréter, un point concret de la volonté de la testatrice, figurant dans son testament sous la forme d'une substitution fidéicommissaire en faveur d'un enfant ou petit-fils d'un mariage légitime et canonique.

Le Tribunal supérieur de justice n'affirme à aucun moment l'existence générale d'une discrimination ou inégalité entre les enfants selon qu'ils soient biologiques ou adoptifs. Il est évident qu'une telle déclaration violerait de manière frontale l'article 13.3 de la Constitution et, d'autre part, serait contraire à l'opinion dominante selon laquelle l'ordre juridique doit toujours être interprété, et qui veut que tous les enfants soient égaux indépendamment de leur origine. En revanche, comme le soutient en substance le ministère public, «la discrimination vis-à-vis des enfants adoptifs par rapport aux enfants biologiques ne découle pas, dans le cas présent, d'un acte des pouvoirs publics,

concrètement du jugement de la chambre civile du Tribunal supérieur de justice, mais de la volonté de la testatrice ou disposant [*fideicomitent*] qui régit la succession testamentaire», en vertu du principe de la liberté de tester, manifestation concrète du principe général de la liberté civile.

Dans son jugement, le Tribunal supérieur de justice se limite à interpréter une clause testamentaire. A cet effet, il a procédé avec les moyens de la technique juridique qu'il a estimés adéquats et dans le cadre de sa compétence exclusive, dès lors que l'interprétation des actes juridiques est une question de fait qui, en tant que telle, constitue une matière réservée à la juridiction ordinaire.

(...)»

21. Les requérants présentèrent contre cette décision un recours en supplique (*súplica*) auprès du Tribunal constitutionnel qui, par une décision du 17 novembre 2000, le rejeta.

II. LE DROIT INTERNE PERTINENT

22. Les articles 6, 13 et 14 de la Constitution andorrane du 14 mars 1993 disposent :

Article 6

« 1. Toutes les personnes sont égales devant la loi. Nul ne peut faire l'objet d'une discrimination, fondée notamment sur la naissance, la race, le sexe, l'origine, la religion, l'opinion ou toute autre circonstance tenant à sa situation personnelle ou sociale.

2. Il appartient aux pouvoirs publics de créer les conditions pour que l'égalité et la liberté soient réelles et effectives. »

Article 13

« 1. La loi règle la condition civile des personnes et les formes du mariage. Les effets civils du mariage canonique sont reconnus.

(...)

3. Les époux ont les mêmes droits et les mêmes obligations. Les enfants sont égaux devant la loi, indépendamment de leur filiation. »

Article 14

« Toute personne a droit au respect de son intimité, de son honneur et de son image. Chacun a droit à la protection de la loi contre les ingérences illégales dans sa vie privée et familiale. »

23. L'article 24 de la loi qualifiée (*qualificada*) du 21 mars 1996 sur l'adoption et la protection des mineurs en détresse est ainsi libellé :

« (...) L'enfant adopté a les mêmes droits et obligations au sein de la famille adoptive que l'enfant légitime. »

EN DROIT

I. SUR L'EXCEPTION PRÉLIMINAIRE DU GOUVERNEMENT

24. Le Gouvernement soulève une exception tirée de l'inapplicabilité de l'article 8 de la Convention aux faits litigieux en raison de l'inexistence d'une «vie familiale», au sens de cette disposition, entre les requérants et feu Carolina Pujol Oller. A cet égard, le gouvernement arguë de l'absence de rapports réels entre la grand-mère, Carolina Pujol Oller, décédée en 1949 et le requérant, adopté en 1969. Or, d'après le Gouvernement, la Cour a toujours opté pour une approche pragmatique quant au contenu de la notion de «vie familiale», dans l'optique de protéger la vie familiale *de facto* et non pas celle *de iure*. En ce sens, l'existence d'un lien familial formel n'est pas suffisante pour qu'entre en jeu l'article 8.

25. Pour leur part, les requérants rejettent la thèse du Gouvernement car, si elle était acceptée, elle reviendrait par exemple à exclure du domaine de l'article 8 les enfants posthumes. Au demeurant, l'argument du Gouvernement concerne également Carolina et Immaculada Serra, qui introduisirent l'action en nullité du codicille devant les tribunaux andorrans et qui, elles non plus, n'avaient pas connu leur arrière-grand-mère.

26. La Cour rappelle que, dans l'affaire *Marckx c. Belgique* (arrêt du 13 juin 1979, série A n° 31, pp. 23-24, §§ 51-52), elle a admis que les droits successoraux entre enfants et parents, ainsi qu'entre petits-enfants et grands-parents, sont si étroitement liés à la vie familiale qu'ils tombent sous l'empire de l'article 8. Elle a ainsi estimé que le domaine des successions – et des libéralités – entre proches parents apparaît intimement associé à la vie familiale. Celle-ci ne comprend pas uniquement des relations de caractère social, moral ou culturel, par exemple dans la sphère de l'éducation des enfants; elle englobe aussi des intérêts matériels, comme le montrent notamment les obligations alimentaires et la place attribuée à la réserve héréditaire dans l'ordre juridique interne de la majorité des Etats contractants. Le fait que le décès de Carolina Pujol Oller soit survenu avant l'adoption du requérant ne constitue pas une raison justifiant que la Cour adopte une autre démarche en l'espèce (voir, *mutatis mutandis*, *Camp et Bourimi c. Pays-Bas*, n° 28369/95, § 35, CEDH 2000-X).

Dès lors, l'article 8 de la Convention trouve à s'appliquer.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION COMBINÉ AVEC L'ARTICLE 8

27. Les requérants se plaignent de ce que les décisions rendues par le Tribunal supérieur de justice et le Tribunal constitutionnel ont opéré en matière de droits successoraux une discrimination injustifiée fondée sur le

mode de filiation qui porte atteinte à leur droit au respect de leur vie privée et familiale. De ce fait, ils estiment qu'il y a eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8.

28. L'article 8 de la Convention est ainsi libellé :

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

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

29. Quant à l'article 14, il se lit comme suit :

« 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. Argumentation des parties

1. Les requérants

30. Les requérants soulignent d'emblée que la Cour se trouve en présence d'une problématique nouvelle jamais abordée par elle jusqu'à ce jour. En effet, les précédents dont elle avait eu à connaître (arrêts *Marckx* précité, *Inze c. Autriche*, 28 octobre 1987, série A n° 126, et *Mazurek c. France*, n° 34406/97, CEDH 2000-II) portaient sur des dispositions légales régissant les cas de succession *ab intestat* ayant entraîné une ingérence illégitime de l'Etat dans la vie familiale des requérants et/ou une discrimination dans les relations familiales fondée sur la naissance.

31. Or la présente affaire a trait à la sphère privée puisqu'elle se rapporte à l'autonomie de la volonté découlant d'un testament établi par Carolina Pujol Oller en 1939. La testatrice décède en 1949. En 1969 survient l'adoption du requérant et ce n'est qu'en 1996, après le décès du fils et héritier fiduciaire de Carolina, qu'a lieu l'ouverture du codicille établi en 1995 par celui-ci. Pour les requérants, il ne fait aucun doute que la cause doit être examinée au regard des dispositions de droit privé, lesquelles doivent être lues à la lumière du droit andorran en vigueur en 1996 et de la Convention. Or force est de constater que le Tribunal supérieur de justice a failli à son obligation d'appliquer l'ensemble de ces normes.

32. Les requérants font observer que le *ius commune* est une source supplétive de droit civil en droit andorran. Le *ius commune* en vigueur en Andorre intègre le droit coutumier andorran fondé sur le droit romain revu à la lumière du droit canonique. Voilà donc quelle était la base légale applicable en 1939, année où le testament fut rédigé. Or, dès sa rédaction, il y a plus de mille ans, le droit canonique traitait de l'adoption. L'Église catholique attribue à l'enfant adoptif les caractéristiques énoncées dans le canon 1094 du code de Benoît XV, sous l'empire duquel le testament fut rédigé en 1939, caractéristiques confirmées en 1983 par le canon 110 du code moderne de droit canon, qui consacre le principe de l'égalité des enfants adoptés et des enfants légitimes. Il est incontestable que le droit canonique constitue une source supplétive de droit dans la Principauté d'Andorre. Ce fait résulte d'une abondante jurisprudence. Par ailleurs, en droit romain, les enfants adoptés ont les mêmes droits successoraux et familiaux que les enfants légitimes ou naturels. Ainsi l'adoption était prévue tant par le droit canonique que par le droit romain. Par conséquent, il est indéniable que l'adoption était une institution juridique connue et utilisée par la société andorrane de 1939.

33. S'agissant des règles d'interprétation des testaments, les requérants rappellent que, suivant la tradition romaine en la matière, lorsque la clause testamentaire est claire et dépourvue de toute ambiguïté, il n'y a pas lieu de s'en écarter sous prétexte d'en rechercher l'esprit.

34. Cela signifie que, si la testatrice avait réellement souhaité exclure la filiation adoptive de la substitution fidéicommissaire, elle aurait inséré une clause spécifique à cet effet comme le faisaient les notaires andorrans et catalans. A cet égard, les requérants se réfèrent aux nombreux formulaires, actes notariés et décisions judiciaires, par lesquels l'exclusion du fils adoptif de la succession a toujours fait l'objet dans la pratique d'une clause d'exclusion expresse en exigeant que l'enfant soit légitime et naturel par l'utilisation de formules telles que « *fils d'un mariage légitime, canonique et charnel* » ou encore « *fils légitime et naturel d'un mariage canonique* » ou encore « *fils procréé dans le cadre d'un mariage légitime et charnel* ». Or, en l'occurrence, feue Carolina Pujol Oller n'a fait allusion dans son testament à aucune exclusion, qu'elle soit tacite ou expresse, des fils adoptifs. Sa clause visait seulement à écarter les fils illégitimes.

35. Cela signifie que le Tribunal supérieur de justice d'Andorre ne s'est pas conformé au droit applicable en l'espèce. D'après les requérants, le tribunal aurait dû interpréter le testament en accord avec la législation en vigueur en 1996, notamment la Constitution andorrane de 1993 et la loi sur l'adoption de mars 1996. De ce manquement total au droit applicable découle pour eux l'existence d'une violation par les autorités andorranes, qui sont les garantes ultimes de leur droit au respect de leur vie familiale sans subir de discrimination injustifiée. Selon eux, il est clair que, dans son testament, la testatrice n'a pas introduit de différence

concernant la filiation par adoption. Dès lors, il ne revient ni aux individus ni aux tribunaux d'opérer une distinction, qui plus est, contraire à la Constitution andorrane et à la Convention européenne. De ce fait, l'arrêt du Tribunal supérieur de justice suppose une ingérence illicite dans leur vie privée et familiale, clairement discriminatoire quant au premier des requérants ; or l'ingérence comme la discrimination sont expressément prosrites par la Constitution andorrane de 1993 et par la loi qualifiée de 1996 sur l'adoption et la protection des mineurs en détresse.

36. En conclusion, les requérants sont d'avis qu'il y a eu violation des articles 8 et 14 de la Convention.

2. *Le Gouvernement*

37. Le Gouvernement souligne d'emblée que la législation andorrane ne contient aucune discrimination entre enfants adoptifs et enfants légitimes. Dans l'affaire *Marckx* précitée, la Cour a constaté une violation de la Convention mais celle-ci se fondait sur une discrimination d'origine légale. Dans le cas présent, c'est tout le contraire puisque la loi andorrane reconnaît aux petits-enfants, qu'ils soient légitimes, naturels ou adoptifs, les mêmes droits successoraux légaux par rapport aux parents (réserve légale en cas de succession testamentaire, droits à l'héritage en cas de succession *ab intestat*) et aux grands-parents. Pour le Gouvernement, la présente espèce s'écarte de manière substantielle de l'affaire *Marckx* puisque le requérant a reçu plus de 300 000 EUR de son père et avait la même vocation successorale que sa sœur ou que tout autre frère ou sœur légitime s'il en avait eu.

38. En l'occurrence, le différend patrimonial trouve son origine dans la libre volonté d'une testatrice qui, en droit national, avait toute latitude pour disposer de ses biens, exception faite de la réserve légale. Or, sous réserve de cette limite, le droit andorran protège la liberté de disposer du reste des biens. Une fois sauvegardée la part des héritiers réservataires, le testateur peut librement léguer le restant de son patrimoine. C'est précisément ce qui a eu lieu en l'espèce. Pour le Gouvernement, il n'y a pas eu ingérence dans la vie familiale des requérants. Au demeurant, à supposer même que l'on puisse considérer les décisions rendues par les tribunaux andorrans comme constitutives d'une ingérence dans le respect des droits invoqués par les requérants, celle-ci était justifiée. D'une part, on peut estimer que la décision du Tribunal supérieur visait le but légitime de protéger le droit des véritables héritiers fidéicommissaires et, partant, tendait à la protection des droits et libertés d'autrui. D'autre part, la décision critiquée s'inscrivait dans le champ de la marge d'appréciation dont disposent les Etats dans des domaines tels que celui en question en l'espèce. En définitive, un juste équilibre a été ménagé entre les droits concurrents en présence.

39. Pour le Gouvernement, l'interprétation faite par le Tribunal supérieur de justice correspond parfaitement à la volonté exprimée par la testatrice en 1939 et à la législation telle qu'en vigueur en Andorre lors du décès de celle-ci en 1949. Selon la tradition juridique applicable à l'époque, les fils adoptifs n'avaient pas les mêmes droits que les fils légitimes dans le cadre du fidéicomis familial dans la mesure où l'objectif de cette institution était de préserver le patrimoine dans la famille. Or déjà les post-glossateurs avaient constaté que l'admission des fils adoptifs dans le fidéicomis impliquait de laisser aux mains de l'héritier fiduciaire l'accomplissement de la condition, avec le risque évident de fraude ou d'abus de droit.

40. Le Gouvernement rappelle que l'interprétation du droit interne relève du seul ressort des juridictions internes, qui sont les mieux placées pour interpréter et appliquer le droit national. Le contrôle de la Cour se limite à vérifier qu'une telle application ou interprétation du droit national est compatible avec les exigences de la Convention. En l'espèce, le Tribunal supérieur de justice, après un examen minutieux du droit interne et des allégations des parties, dans l'exercice des fonctions qui étaient les siennes en procédant à l'interprétation de la volonté du *de cuius*, a estimé que la testatrice n'avait pas prévu de disposition excluant expressément les enfants adoptifs parce que, dans son esprit, une telle exclusion ressortait clairement de la mention « fils d'un mariage légitime et canonique ». En définitive, l'interprétation faite par le Tribunal supérieur de justice ne contrevient nullement à la Convention car l'arrêt litigieux ne renferme aucune expression ou déclaration humiliante ou attentatoire à la dignité des enfants adoptifs; son arrêt se limite à dire que la testatrice ne les avait pas appelés à sa succession. Par ailleurs, le testament en question ne contient aucune clause qui aille à l'encontre du droit ou de l'ordre public. Le Gouvernement souligne que tout appel à une succession testamentaire est, par définition, discriminatoire en ce sens qu'il génère des différences entre héritiers.

41. En conclusion, le Gouvernement estime qu'il n'y a pas eu violation des dispositions invoquées.

B. Appréciation de la Cour

42. Le grief des requérants tenant essentiellement au traitement discriminatoire qu'aurait subi le premier d'entre eux, la Cour juge approprié de l'étudier d'abord sous l'angle de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8.

43. La Cour a eu l'occasion, dans des affaires antérieures, d'examiner des allégations de différences de traitement en matière successorale, tant sous l'angle de l'article 14 combiné avec l'article 8 (arrêts *Marckx* précité,

p. 24, § 54, et *Vermeire c. Belgique*, 29 novembre 1991, série A n° 214-C, p. 83, § 28) qu'au regard de l'article 14 combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1 (arrêts précités *Inze*, p. 18, § 40, et *Mazurek*, § 43). En outre, elle réaffirme que l'article 8 tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics (voir, par exemple, arrêts *Johnston et autres c. Irlande*, 18 décembre 1986, série A n° 112, p. 25, § 55, et *Camp et Bourimi* précité, § 28). Cela étant, il ne se contente pas d'astreindre l'Etat à s'abstenir de pareilles ingérences: à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un « respect » effectif de la vie familiale (*Marckx* précité, pp. 14-15, § 31).

Ces affaires avaient pour point commun le fait que la différence de traitement litigieuse résultait directement de la législation nationale, qui établissait une distinction entre les enfants légitimes et illégitimes (*Marckx*, *Vermeire* et *Inze*, arrêts précités) ou entre les enfants adultérins et les autres, qu'ils soient ou non nés dans le mariage (*Mazurek*, arrêt précité). Dans chacun de ces cas, il s'agissait de savoir si pareille différence de traitement au sein du système juridique de l'Etat défendeur emportait violation des droits des requérants au regard de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention ou avec l'article 1 du Protocole n° 1.

44. La présente espèce se différencie essentiellement des affaires précitées en ce que la Cour n'est pas saisie d'un éventuel problème d'incompatibilité entre la Convention et la législation andorrane applicable en matière de droit successoral des enfants adoptés; sur ce point, elle remarque d'ailleurs que les parties s'accordent à estimer que tant la Constitution andorrane de 1993 que la loi qualifiée sur l'adoption du 21 mars 1996 sont conformes au principe d'interdiction de la discrimination fondée sur la naissance découlant de l'article 14 de la Convention. En l'occurrence, la question litigieuse concerne l'interprétation faite par le Tribunal supérieur de justice d'Andorre, confirmée par le Tribunal constitutionnel, d'une clause testamentaire rédigée en 1939 et exécutée en 1995: il s'agit d'examiner si une telle interprétation contrevient à l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8.

45. Il est entendu que l'on ne saurait reprocher aux autorités andorranes une quelconque ingérence dans la vie privée et familiale des requérants, pas plus qu'un manquement à d'éventuelles obligations positives de la part de l'Etat andorran afin de rendre effectif le respect de la vie familiale. Les requérants se limitent à contester une décision judiciaire ayant déclaré un acte privé de transmission d'héritage contraire à la volonté de la testatrice. Ne demeure donc que la question de la prétendue incompatibilité avec la Convention de l'interprétation du droit interne faite par les juridictions andorranes.

46. A maintes reprises, et dans des domaines très variés, la Cour a déclaré qu'il incombe 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° 33, p. 20, § 46, *Iglesias Gil et A.U.I. c. Espagne*, n° 56673/00, § 61, CEDH 2003-V, *Slivenko c. Lettonie* [GC], n° 48321/99, § 105, CEDH 2003-X). Ce principe qui, par définition, vaut pour la législation interne s'applique à plus forte raison dans le cadre de l'interprétation d'un acte éminemment privé tel qu'une clause testamentaire insérée par un particulier dans un testament. Dans un domaine comme celui de l'espèce, les juridictions internes se trouvent à l'évidence mieux placées que le juge international pour évaluer, à la lumière des traditions juridiques locales, le contexte particulier de la controverse juridique qui leur est soumise et les divers droits et intérêts concurrents (voir, par exemple, *De Diego Nafria c. Espagne*, n° 46833/99, § 39, 14 mars 2002). Appelées à se prononcer dans des litiges de cet ordre, les autorités nationales et, en particulier, les cours et tribunaux jouissent d'une grande latitude.

Dès lors, un problème d'atteinte à la vie privée et familiale ne pourrait donc se poser que dans l'hypothèse d'une appréciation par le juge national des éléments de fait ou de droit interne qui serait manifestement déraisonnable ou arbitraire ou en flagrante contradiction avec les principes fondamentaux de la Convention.

47. L'origine de la présente affaire remonte à 1939, lorsque Carolina Pujol Oller, veuve de feu Francesc Pla Guash, fit un testament devant notaire dont la septième disposition instituait une substitution fidéicommissaire au bénéfice de son fils Francesc-Xavier (père du premier requérant), lequel devait transmettre l'héritage à un fils ou à un petit-fils d'un mariage légitime et canonique. Dans le cas où ces conditions ne seraient pas réunies, la testatrice disposa que les biens objet du testament reviendraient aux enfants et petits-enfants des substitués. En 1949 décédait Carolina Pujol Oller.

48. Le bénéficiaire du testament, Francesc-Xavier Pla Pujol, contracta un mariage canonique avec la seconde requérante, Roser Puncernau Pedro. Par un acte établi le 11 novembre 1969 devant un notaire de La Corogne (Espagne), le couple adopta un enfant, Antoni (le premier requérant), selon les modalités de l'adoption plénière en vigueur en droit catalan. Par la suite, ils adoptèrent un second enfant.

49. Par un codicille du 3 juillet 1995, Francesc-Xavier Pla Pujol légua à son fils adoptif Antoni les biens provenant de l'héritage de sa mère en nue-propriété, l'usufruit étant attribué à son épouse (la seconde requérante). Francesc-Xavier Pla Pujol décéda le 12 novembre 1996. L'ouverture du codicille eut lieu le 27 novembre 1996. L'héritage litigieux portait sur un ensemble de biens immobiliers.

50. Estimant que le requérant, en tant qu'enfant adopté, ne pouvait bénéficier du testament établi par la testatrice en 1939, deux arrière-petites-filles de celle-ci présentèrent une action civile devant le tribunal des batlles, qui les débouta. En appel, le Tribunal supérieur de justice

infirmait le jugement entrepris et fit droit à l'action des demanderesse. Saisi d'un recours d'*empara*, le Tribunal constitutionnel entérina l'arrêt d'appel.

51. Quant à l'interprétation de la clause testamentaire, noyau de la controverse, le tribunal des batlles saisi en première instance a procédé à une analyse grammaticale de la clause à la lumière des antécédents historiques, en faisant application du droit romain tel que modifié par le droit canon, source du droit commun applicable en Andorre, pour conclure au rejet du recours. Le tribunal a ajouté qu'aucune législation, jurisprudence ou doctrine étrangère n'était applicable dans la Principauté. D'après lui, ni la lettre de la clause ni certainement la volonté de la testatrice ne pouvaient amener à écarter l'enfant adoptif de la succession.

52. En appel, le Tribunal supérieur de justice a développé une interprétation différente des éléments de fait et de droit de l'affaire. En premier lieu, le tribunal a constaté que l'adoption était pratiquement inconnue en Andorre en cette première moitié du XX^e siècle. De ce fait, il en a conclu que, lorsque la testatrice avait mis en place l'obligation fidéicommissaire pour le cas où l'héritier fiduciaire décéderait sans descendant d'un mariage légitime et canonique, il était difficile d'envisager qu'elle faisait également référence à la filiation adoptive. De même, le tribunal a fait observer que l'acte authentique d'adoption avait été dressé en Espagne selon les modalités espagnoles de l'adoption plénière. Or, d'après le droit espagnol applicable à l'époque, notamment le droit catalan auquel renvoyait l'acte d'adoption, les enfants adoptifs étaient seulement appelés à la succession *ab intestat* du père ou de la mère adoptants, mais non à celle du reste de la famille des adoptants. Lorsqu'il en est venu à examiner quelle était la volonté de la testatrice, le tribunal a déclaré qu'aussi bien au moment de l'octroi du testament en 1939 que lors de son décès en 1949, les enfants adoptifs de son fils légitime ou du mariage étaient des personnes étrangères au cercle familial, du point de vue tant juridique que sociologique. D'après le tribunal, pour que les enfants adoptifs puissent être admis dans le fidéicommiss familial catalan, il aurait fallu que l'intention de la testatrice de s'écarter du sens habituel de cette institution fût indubitable. Or les termes utilisés dans le testament ne permettaient pas de conclure en ce sens.

53. La Cour constate que les tribunaux andorrans se sont livrés à deux interprétations différentes : la première, exposée par le tribunal des batlles, était favorable à la thèse des requérants ; la seconde, développée par le Tribunal supérieur de justice, leur était contraire. Toutes deux s'appuient sur des éléments de fait et de droit dûment pesés au regard des circonstances particulières de l'affaire.

54. La Cour rappelle que l'article 14 de la Convention complète les autres clauses normatives de la Convention et de ses Protocoles. Il n'a pas d'existence indépendante, puisqu'il vaut uniquement pour « la jouissance

des droits et libertés» qu'elles garantissent. Certes, il peut entrer en jeu même sans un manquement à leurs exigences, et dans cette mesure, il possède une portée autonome, mais il ne saurait trouver à s'appliquer si les faits du litige ne tombent pas sous l'empire de l'une au moins desdites clauses (voir, parmi beaucoup d'autres, arrêts *Van Raalte c. Pays-Bas*, 21 février 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-I, p. 184, § 33, et *Camp et Bourimi* précité, § 34).

55. La Cour a constaté précédemment que les faits de la cause relevaient de l'article 8 de la Convention. Dès lors, l'article 14 peut s'appliquer en combinaison avec lui.

56. La Cour ne juge pas opportun ni même nécessaire de se livrer à une quelconque analyse doctrinale de la *ratio juris* ayant conduit les juridictions internes, notamment le Tribunal supérieur de justice d'Andorre, à opter en faveur de l'application d'un ordre juridique plutôt que d'un autre, qu'il s'agisse du droit romain, canonique, catalan ou espagnol. C'est là un domaine qui, par définition, relève de la compétence des tribunaux internes.

57. La Cour estime que, contrairement à ce que prétend le Gouvernement, aucune question touchant à la libre volonté de la testatrice n'est en cause; seule l'interprétation de la clause testamentaire entre en ligne de compte. Sa tâche se circonscrit donc à dire si, dans les circonstances de l'espèce, le premier requérant a été victime d'une discrimination contraire à l'article 14 de la Convention.

58. En l'espèce, la Cour constate que le caractère légitime et canonique du mariage du père du requérant ne prête pas à discussion. Ne reste donc que la question de dire si la notion de « fils » insérée dans le testament par Carolina Pujol Oller concernait seulement les fils biologiques, comme le soutient le Tribunal supérieur de justice. La Cour ne peut suivre dans cette conclusion la juridiction d'appel andorrane. En effet, la lecture du testament ne permet pas de déduire que la testatrice souhaitait exclure du bénéfice de la succession un éventuel petit-fils adoptif. La Cour conçoit qu'elle aurait pu le faire; puisqu'elle ne l'a pas fait, l'unique conclusion possible et logique est qu'elle n'a pas souhaité le faire.

L'interprétation donnée par le Tribunal supérieur de justice de la clause testamentaire consistant à attribuer à la testatrice une volonté négative supposée pour parvenir à la conclusion que, puisque la testatrice n'avait pas expressément dit qu'elle n'excluait pas un fils adoptif c'est qu'elle avait voulu l'exclure, est par trop forcée et contraire au principe général du droit selon lequel si l'énoncé est exempt d'ambiguïté, point n'est besoin de s'interroger sur la volonté de celui qui s'est ainsi exprimé (« *quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis questio* »).

59. Certes, la Cour n'est pas appelée, en principe, à régler des différends purement privés. Cela étant, dans l'exercice du contrôle

européen qui lui incombe, elle ne saurait rester inerte lorsque l'interprétation faite par une juridiction nationale d'un acte juridique, qu'il s'agisse d'une clause testamentaire, d'un contrat privé, d'un document public, d'une disposition légale ou encore d'une pratique administrative, apparaît comme étant déraisonnable, arbitraire ou, comme en l'espèce, en flagrante contradiction avec l'interdiction de discrimination établie à l'article 14 et plus largement avec les principes sous-jacents à la Convention (*Larkos c. Chypre* [GC], n° 29515/95, §§ 30-31, CEDH 1999-I).

60. Dans la présente affaire, l'interprétation faite par le Tribunal supérieur de justice de la clause testamentaire litigieuse a eu pour effet de priver le premier requérant de son droit à la succession de sa grand-mère, au profit des filles de son cousin. En outre, l'annulation du codicille du 3 juillet 1995 a également entraîné la perte pour la seconde requérante de son droit à l'usufruit des biens de l'héritage comme en avait disposé son défunt époux.

Dès lors que la clause testamentaire, telle qu'elle fut établie par Carolina Pujol Oller, ne faisait aucune distinction entre enfant biologique et enfant adoptif, toute interprétation devenait superfétatoire. Pareille interprétation s'analyse donc en une exclusion judiciaire de l'enfant adoptif dans ses droits successoraux.

61. La Cour rappelle qu'une distinction est discriminatoire au sens de l'article 14 si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas de « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (voir, entre autres, *Fretté c. France*, n° 36515/97, § 34, CEDH 2002-I). En l'occurrence, la Cour ne décèle pas le but légitime poursuivi par la décision litigieuse ni sur quelle justification objective et raisonnable pourrait reposer la distinction opérée par la juridiction interne. D'après elle, un enfant ayant fait l'objet d'une adoption – qui plus est d'une adoption plénière – se trouve dans la même position juridique que s'il était l'enfant biologique de ses parents, et cela à tous égards : relations et conséquences liées à sa vie de famille et droits patrimoniaux qui en découlent. La Cour a affirmé à maintes reprises que seules des raisons très fortes pourraient amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur la naissance hors mariage.

Au surplus, rien n'indique que des motifs d'ordre public exigeaient que le niveau de protection accordé par la juridiction d'appel andorrane aux demanderessees à l'action en justice prévale sur celui dont bénéficiait le requérant.

62. La Cour réaffirme que la Convention, qui a un caractère dynamique et entraîne des obligations positives de la part des Etats, est un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions actuelles, et que les Etats membres du Conseil de l'Europe attachent de nos jours de l'importance à l'égalité, en matière de droits de caractère civil, entre

enfants issus du mariage et enfants nés hors mariage (arrêt *Mazurek* précité, § 30). Ainsi, à supposer même que la clause testamentaire en question eût nécessité une interprétation par les juridictions internes, une telle interprétation ne pouvait se faire exclusivement à la lumière du contexte social en vigueur au moment de la rédaction du testament ou du décès de la testatrice, en l'occurrence en 1939 et en 1949, dans la mesure où, notamment, une période de cinquante-sept ans s'est écoulée entre la date d'établissement du testament et le moment de l'ouverture de la succession. En présence d'un intervalle de temps aussi long, au cours duquel de profonds changements sont survenus dans les domaines tant social qu'économique et juridique, le juge ne peut ignorer ces nouvelles réalités. Cela vaut également pour le domaine testamentaire où toute interprétation, si tant est qu'elle était nécessaire, doit rechercher quelle était la volonté du *de cuius* ainsi que l'effet utile du testament, tout en gardant à l'esprit que l'on « ne peut pas présumer que le testateur aurait voulu ce qu'il n'a pas dit », et sans oublier de conférer à la disposition testamentaire le sens le plus conforme au droit interne et à la Convention telle qu'interprétée par la jurisprudence de la Cour.

63. Eu égard à ce qui précède, la Cour estime qu'il y a eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8.

64. Au vu de la conclusion retenue au paragraphe précédent, la Cour est d'avis qu'il n'y a pas lieu d'examiner séparément la requête sous l'angle de l'article 8 de la Convention lu isolément.

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

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

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

A. Dommage matériel et moral

66. A titre liminaire, les requérants estiment que la réparation devrait consister dans la révocation de l'arrêt du Tribunal supérieur de justice, la confirmation du jugement du tribunal des batlles et la remise en l'état du premier requérant en tant qu'héritier fidéicommissaire de sa grand-mère, Carolina Pujol Oller. Pour le cas où cela ne serait pas possible, ils font valoir que le dommage matériel correspond aux biens composant la succession de Carolina Pujol Oller et qui comprennent des biens immobiliers situés dans la Principauté d'Andorre, à savoir : l'Hort de la

Canaleta, l'Hort d'ensucaranes, le Rec Vell de l'Obach, l'Hôtel Pla et le Boïgues del Pla. D'après une expertise datée du 10 mai 2001, la valeur de ces immeubles était estimée à 127 625 000 pesetas soit 767 042 euros (EUR). Dans leurs dernières conclusions soumises lors de l'audience devant la Cour, les requérants estiment que le dommage matériel s'élève d'après une récente expertise à la somme de 1 195 913 EUR.

67. Quant au dommage moral, les requérants, eu égard aux problèmes de santé qu'ils ont subis – en particulier la requérante âgée aujourd'hui de quatre-vingts ans – du fait des diverses procédures suivies devant les tribunaux andorrans, évaluent le préjudice moral du premier requérant à 120 000 EUR et celui de la seconde requérante, mère et curatrice du requérant à 30 000 EUR.

68. Le Gouvernement considère quant à lui que les prétentions soumises sont manifestement excessives. Il estime qu'en application du droit andorran le père du requérant aurait pu retenir pour lui-même la moitié du patrimoine hérité de sa mère de sorte que le Gouvernement ne serait responsable que pour la moitié de la valeur du patrimoine en question, correspondant aux biens devant être obligatoirement transmis au requérant. Par ailleurs, il ne saurait souscrire à l'évaluation des biens faite par les requérants. Ainsi, d'après l'expertise réalisée par des experts à sa demande, la valeur de l'hôtel Pla serait de 661 885 EUR. Quant aux autres biens immeubles (des terrains), leur valeur totale est de 89 281 EUR. Au total, la valeur du patrimoine de la famille Pla doit être estimée, au maximum, à 751 166 EUR, montant qu'il faut réduire de moitié en application de la réserve légale correspondant à un quart du patrimoine plus un autre quart supplémentaire dont pouvait disposer l'héritier fiduciaire à savoir le père du requérant. Quant au dommage moral, le Gouvernement estime que la constatation de violation constituerait par elle-même une satisfaction suffisante.

B. Frais et dépens

69. Au titre des frais et dépens afférents à leur représentation, les requérants réclament le remboursement d'une somme de 76 460 EUR. Ils fournissent les justificatifs suivants :

- 30 094 EUR au titre des honoraires engagés en première instance (facture à l'appui, datée du 26 octobre 1999) ;
- 14 320 EUR au titre des honoraires correspondant à la procédure devant le Tribunal supérieur de justice (facture à l'appui, datée du 10 mai 2000) ;
- 7 611 EUR au titre des honoraires engagés devant le Tribunal constitutionnel (facture à l'appui, datée du 30 novembre 2000) ;

– 967 EUR correspondant aux honoraires versés à l’avoué qui est intervenu dans la procédure interne (factures à l’appui, datées du 2 novembre 1999 et du 10 novembre 2000);

– 9 916 EUR au titre des honoraires pour la procédure d’opposition à l’exécution de l’arrêt rendu par le Tribunal supérieur de justice du 18 mai 2000 (facture à l’appui);

– 1 171 EUR au titre des honoraires de l’expertise du patrimoine de Carolina Pujol Oller (facture à l’appui du 10 mai 2001);

– 12 378 EUR au titre des honoraires pour la procédure devant la Cour (factures à l’appui détaillant les frais relatifs à la défense des requérants devant la Cour).

70. Le Gouvernement considère que les montants réclamés par les requérants à ce titre sont exorbitants. Il estime que les frais engagés devant les juridictions internes ne devraient pas entrer en ligne de compte.

71. Eu égard aux considérations qui précèdent, le Gouvernement demande à la Cour de ne pas statuer, à ce stade de la procédure, la question de l’application de l’article 41 de la Convention ne se trouvant pas, à son avis, en état.

72. Dans les circonstances de la cause, la Cour juge que la question de l’application de l’article 41 de la Convention ne se trouve pas en état. Par conséquent, il y a lieu de la réserver et de fixer la procédure ultérieure en tenant compte de l’éventualité d’un accord entre l’Etat défendeur et les requérants (article 75 § 1 du règlement). A cette fin, la Cour accorde aux parties un délai de six mois.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Dit*, à l’unanimité, qu’il y a lieu de rejeter l’exception du Gouvernement;
2. *Dit*, par cinq voix contre deux, qu’il y a eu violation de l’article 14 de la Convention combiné avec l’article 8;
3. *Dit*, à l’unanimité, qu’il n’y a pas lieu d’examiner séparément la requête sous l’angle de l’article 8 de la Convention lu isolément;
4. *Dit*, à l’unanimité, que la question de l’application de l’article 41 de la Convention ne se trouve pas en état; en conséquence,
 - a) la *réserve* en entier;
 - b) *invite* le Gouvernement et les requérants à lui donner connaissance, dans les six mois, de tout accord auquel ils pourraient aboutir;
 - c) *réserve* la procédure ultérieure et *délègue* au président de la chambre le soin de la fixer au besoin.

Fait en français et en anglais, puis communiqué par écrit le 13 juillet 2004, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Michael O'BOYLE
Greffier

Nicolas BRATZA
Président

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

- opinion en partie dissidente de Sir Nicolas Bratza ;
- opinion dissidente de M. Garlicki.

N.B.
M.O'B.

OPINION EN PARTIE DISSIDENTE
DE Sir Nicolas BRATZA, JUGE

(Traduction)

1. Si je partage l'avis de la majorité de la chambre selon lequel le grief des requérants relève du champ d'application de l'article 8 de la Convention et l'article 14 est donc applicable, je ne puis en revanche me rallier à la majorité lorsqu'elle conclut qu'il y a eu violation des deux articles combinés entre eux.

2. Comme le relève l'arrêt, l'espèce est totalement différente des précédentes affaires où la Cour s'est penchée sur un grief relatif à un traitement discriminatoire en matière de succession et d'héritage. Dans tous les cas en question, c'était la législation interne elle-même qui donnait lieu à la différence de traitement dont le requérant se plaignait sous l'angle de la Convention, car elle établissait une distinction entre les droits successoraux des enfants légitimes et ceux des enfants illégitimes (arrêts *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, série A n° 31, p. 24, § 54; *Vermeire c. Belgique*, 29 novembre 1991, série A n° 214-C, p. 83, § 28, et *Inze c. Autriche*, 28 octobre 1987, série A n° 126, p. 18, § 40) ou entre les enfants nés d'une relation adultère et les autres enfants, légitimes ou non (*Mazurek c. France*, n° 34406/97, § 43, CEDH 2000-II). En l'espèce, aucun grief de ce type n'est ou ne pourrait être formulé contre Andorre, la discrimination fondée sur la naissance étant expressément prohibée tant par la Constitution andorrane que par la loi qualifiée sur l'adoption.

3. Il est également important d'observer que, si les requérants se plaignent des décisions rendues par le Tribunal supérieur de justice et le Tribunal constitutionnel d'Andorre, nul ne prétend que ces décisions auraient directement porté atteinte aux droits des intéressés au regard de l'article 8 ou qu'elles auraient fait subir au premier d'entre eux un traitement discriminatoire dans la jouissance de sa vie familiale en créant des distinctions entre les membres de sa famille au sens biologique et ceux qui ont été adoptés. Ainsi qu'il ressort des termes de l'arrêt du Tribunal supérieur de justice d'Andorre – lequel fait droit à l'appel des sœurs Serra Areny et constate que le premier requérant, en tant qu'enfant adopté de l'héritier fiduciaire désigné par le testament de Caroline Pujol Oller, était exclu de la succession testamentaire –, la juridiction en question a voulu donner effet à l'intention qu'avait eue la testatrice elle-même en exerçant son droit de transmettre ses biens à son décès. A cet égard, les circonstances de l'espèce sont bien différentes de celles qui ont souvent été examinées par la Cour, en particulier sous l'angle de l'article 10 de la Convention, où c'étaient les propres décisions des juridictions nationales qui avaient restreint, pénalisé ou d'une autre manière porté atteinte à

l'exercice du droit en question protégé par la Convention et qui devaient être justifiées.

4. Le fait qu'au regard de la Convention toute discrimination entre individus (moyennant par exemple l'établissement de distinctions fondées sur les liens biologiques ou adoptifs entre enfants et parents dans l'exercice des droits successoraux) soit interdite aux organes législatifs ou judiciaires de l'Etat ne signifie pas que l'on empêche de la même façon les particuliers d'opérer une discrimination en faisant de pareilles distinctions dans la transmission de leurs biens. En principe, il doit être loisible à un testateur, dans l'exercice de son droit de propriété, de choisir à qui il lègue ses biens et, par le contenu de son testament, de faire la différence entre ses héritiers potentiels, notamment en distinguant entre, d'une part, enfants et petits-enfants biologiques et, d'autre part, enfants et petits-enfants adoptifs. Comme le souligne le juge Garlicki dans son opinion, la liberté de choix du testateur est protégée par la Convention, à savoir l'article 8 de celle-ci et l'article 1 du Protocole n° 1. L'Etat doit en principe donner effet – par le biais de ses organes judiciaires – à une telle clause testamentaire privée ; on ne saurait juger qu'il a ce faisant manqué à ses obligations au regard de la Convention (notamment de l'article 14), sauf circonstances exceptionnelles où la clause peut être considérée comme étant incompatible avec les idéaux fondamentaux de la Convention ou comme visant à la destruction des droits et libertés qui y sont reconnus. Cela vaut même s'il ne semble y avoir aucune justification objective et raisonnable à la distinction opérée par le testateur.

5. A mon sens, la distinction que, selon les juridictions internes, la testatrice entendait faire en l'espèce entre petits-enfants biologiques et petits-enfants adoptifs ne saurait passer pour incompatible avec les idéaux fondamentaux de la Convention ou être considérée comme détruisant d'une autre manière les droits et libertés garantis par la Convention. Je ne comprends pas que la majorité de la chambre laisse entendre le contraire. Il est vrai que le paragraphe 46 de l'arrêt affirme qu'un problème d'atteinte à la vie privée et familiale ne pourrait donc se poser que dans l'hypothèse d'une appréciation par le juge national des éléments de fait ou de droit interne qui serait « en flagrante contradiction avec les principes fondamentaux de la Convention », et que le paragraphe 59 constate l'existence d'une telle contradiction dans l'appréciation à laquelle les juridictions nationales se sont livrées dans la présente affaire. Cependant, je ne perçois pas cette conclusion comme suggérant que le fait pour un tribunal national de reconnaître le bien-fondé d'un testament établissant une distinction entre enfants biologiques et enfants adoptifs doive en soi être jugé incompatible avec les principes de la Convention. Tel que je le comprends, le constat de la majorité part plutôt du principe que l'interprétation faite en l'espèce du testament par le Tribunal supérieur et la manière dont il a apprécié la

volonté de la testatrice étaient manifestement incorrectes et que, dès lors, c'est la décision de cette juridiction – selon laquelle le premier requérant, en tant que petit-fils adoptif, était exclu de la succession – qui elle-même a donné lieu à la violation de l'article 14.

6. Ainsi, la principale question qui se pose est de savoir si la façon dont les tribunaux nationaux ont interprété le testament de la défunte ou appliqué les principes du droit interne était de nature à permettre un tel constat. Au paragraphe 46 de l'arrêt, la majorité rappelle les principes établis par la jurisprudence de la Cour quant à l'interprétation et l'application du droit interne: il incombe au premier chef aux autorités nationales et, singulièrement, aux cours et tribunaux d'interpréter et d'appliquer le droit interne. J'approuve l'avis de la majorité selon lequel ce principe s'applique à plus forte raison lorsque les juridictions internes doivent résoudre des différends entre particuliers ou interpréter une clause testamentaire privée, ces juridictions se trouvant mieux placées que le juge national pour évaluer, à la lumière des traditions juridiques locales, le contexte particulier de la controverse juridique et les droits et intérêts concurrents qui sont en jeu.

Dès lors, un problème ne se poserait à mon avis sous l'angle de la Convention que si la Cour constatait que l'interprétation du testament ou des principes pertinents du droit interne par les juridictions nationales était, pour reprendre les termes de l'arrêt, «manifestement déraisonnable ou arbitraire».

7. Jusqu'ici, je souscris à la démarche de la majorité. Le point sur lequel je la désapprouve vivement concerne l'application par celle-ci de ces principes dans l'examen des décisions rendues par les tribunaux nationaux. Ainsi, loin d'apprécier les jugements en question selon ces rigoureux critères, elle a d'après moi substitué à l'opinion du Tribunal supérieur de justice d'Andorre son propre avis quant à la bonne interprétation du testament, en se prononçant en faveur de celle donnée par le tribunal des batlles. Si j'admets volontiers que l'on puisse préférer à la fois le raisonnement et la conclusion du tribunal de première instance, je ne puis en revanche accepter que l'on qualifie d'arbitraire ou de manifestement déraisonnable la décision de la juridiction d'appel.

8. J'observe d'emblée qu'il n'y avait aucune divergence réelle entre le tribunal des batlles et le Tribunal supérieur de justice quant à la date à prendre en compte aux fins de l'interprétation de la clause testamentaire. Les deux juridictions se sont accordées à dire que la volonté de la testatrice devait être interprétée essentiellement à la lumière de la situation juridique de l'enfant adoptif dans le contexte social et familial de l'année 1939, date où le testament fut rédigé. La différence d'opinion était plutôt axée sur le sens à attribuer à la formule «fils d'un mariage légitime et canonique».

9. Comme l'indique l'arrêt, le tribunal des batlles a procédé à une analyse grammaticale de la clause à la lumière des antécédents historiques, en faisant application du droit romain tel que modifié par le droit canon, source du droit commun applicable en Andorre. D'après la juridiction en question, on ne pouvait affirmer que la testatrice, en utilisant cette formule, avait entendu exclure de l'héritage les enfants adoptés ou non biologiques; si telle avait été son intention, elle l'aurait prévue expressément.

10. En appel, le Tribunal supérieur de justice a développé une interprétation différente des éléments de fait mais aussi de droit de l'affaire. Ainsi qu'il ressort de l'arrêt, il a constaté que l'adoption était pratiquement inconnue en Andorre en cette première moitié du XX^e siècle. Il en a conclu que, lorsque la testatrice avait mis en place l'obligation fidéicommissaire pour le cas où l'héritier fiduciaire décéderait sans descendant d'un mariage légitime et canonique, il était difficile d'envisager qu'elle faisait également référence à la filiation adoptive, car l'adoption n'était pas ancrée dans la Principauté à cette époque. De même, le tribunal a fait observer que l'acte authentique d'adoption avait été dressé en Espagne selon les modalités espagnoles de l'adoption plénière. Or, d'après le droit espagnol applicable à l'époque, notamment le droit catalan auquel renvoyait l'acte d'adoption, les enfants adoptifs étaient seulement appelés à la succession *ab intestat* du père ou de la mère adoptants, mais non à celle du reste de la famille des adoptants. Lorsqu'il en est venu à examiner quelle était la volonté de la testatrice, le tribunal a déclaré qu'aussi bien au moment de l'octroi du testament en 1939 que lors de son décès en 1949 les enfants adoptifs de son fils légitime ou du mariage étaient des personnes étrangères au cercle familial, du point de vue tant juridique que sociologique. Le fidéicommiss familial catalan *si sine liberis decesserit* avait pour finalité, selon le tribunal, de maintenir le patrimoine familial au sein de la famille légitime ou matrimoniale, et la tradition juridique catalane avait toujours favorisé l'exclusion des enfants adoptifs de ce fidéicommiss familial. D'après le tribunal, pour que les enfants adoptifs puissent être admis dans le fidéicommiss familial catalan, il aurait donc fallu que l'intention de la testatrice de s'écarter du sens habituel de cette institution fût indubitable. Or les termes utilisés dans le testament ne permettaient pas de conclure en ce sens.

11. La majorité de la Cour, tout en estimant qu'il n'est ni opportun ni même nécessaire de se livrer à une quelconque analyse doctrinale de la décision du Tribunal supérieur de justice d'opter en faveur de l'application d'un ordre juridique plutôt que d'un autre, qu'il s'agisse du droit romain, canonique, catalan ou espagnol (paragraphe 56 de l'arrêt), rejette la conclusion de ce tribunal selon laquelle la clause testamentaire ne concernait que les « fils » biologiques. La majorité déclare que « la lecture du testament ne permet pas de déduire que la testatrice

souhaitait exclure du bénéfice de la succession un éventuel petit-fils adoptif» et que, puisqu'il lui était loisible de le faire, «l'unique conclusion possible et logique est qu'elle n'a pas souhaité le faire» (paragraphe 58 de l'arrêt). L'arrêt se poursuit en affirmant que l'interprétation du testament par le Tribunal supérieur, qui consiste à attribuer à la testatrice une volonté négative, «est par trop forcée et contraire au principe général du droit selon lequel si l'énoncé est exempt d'ambiguïté, point n'est besoin de s'interroger sur la volonté de celui qui s'est ainsi exprimé» (*ibidem*).

12. A mes yeux, pareille analyse ne rend pas compte du raisonnement suivi par le Tribunal supérieur, qui a recherché la signification à donner à la clause testamentaire litigieuse à la lumière des circonstances tant factuelles que juridiques de l'époque où le testament fut rédigé. Que ce raisonnement soit convaincant ou non et que l'on penche ou non en faveur de l'avis du tribunal des batlles, il m'est impossible de conclure à l'instar de la majorité que la décision du Tribunal supérieur était déraisonnable, arbitraire ou «en flagrante contradiction avec l'interdiction de discrimination établie à l'article 14 et plus largement avec les principes sous-jacents à la Convention» (paragraphe 59 de l'arrêt). Je ne puis davantage admettre l'avis de la majorité selon lequel, dès lors qu'il était «superfétatoire» d'interpréter le testament comme excluant les enfants adoptifs, «pareille interprétation s'analyse (...) en une exclusion judiciaire de l'enfant adoptif dans ses droits successoraux» (paragraphe 60 de l'arrêt).

13. La majorité poursuit en affirmant que, à supposer que le testament eût besoin d'être interprété, il n'aurait pas dû l'être exclusivement à la lumière du contexte social en vigueur à l'époque au moment de la rédaction du testament ou du décès de la testatrice; une telle interprétation aurait dû tenir compte des profonds changements dans les domaines social, économique et juridique qui étaient survenus pendant la période de cinquante-sept ans écoulée depuis lors. La majorité laisse entendre en particulier que toute interprétation aurait dû se faire sans oublier de «conférer à la disposition testamentaire le sens le plus conforme au droit interne et à la Convention telle qu'interprétée par la jurisprudence de la Cour» (paragraphe 62 de l'arrêt).

14. Quant à cet argument, j'estime que si les juridictions nationales avaient la faculté – et je pense qu'elles l'avaient – de s'appliquer à rechercher quelle était la volonté de la testatrice en recourant à la clause litigieuse, elles pouvaient aussi, en principe, interpréter la clause à la lumière de la situation sociale et juridique qui prévalait à l'époque de la rédaction du testament, plutôt qu'à l'époque où il a fallu examiner la clause.

15. Pour ces raisons, et aussi regrettable que puisse paraître le résultat de l'arrêt du Tribunal supérieur de justice, je ne puis considérer que la décision en question a donné lieu à une violation des droits des requérants au regard de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8.

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE GARLICKI

(Traduction)

A mon grand regret, je ne puis me rallier à l'avis de la majorité.

L'espèce met en jeu deux grands principes qui déterminent la portée de la compétence de la Cour: le principe de subsidiarité et le principe d'action de l'Etat.

En ce qui concerne le premier, je souscris sans réserve à l'argumentation développée par le juge Sir Nicolas Bratza, selon laquelle l'interprétation du testament ou des principes pertinents du droit interne par les juridictions nationales ne saurait passer pour arbitraire ou manifestement erronée ou déraisonnable.

S'agissant du second principe, il est à noter que l'affaire ne concernait aucune atteinte directe, par les juridictions nationales, aux droits des requérants au regard de l'article 8. Les tribunaux étaient confrontés à un testament qui contenait une clause plaçant les enfants adoptifs dans une situation désavantageuse par rapport aux enfants biologiques. Ils ont commencé par rechercher quelle était la bonne interprétation à faire du testament puis lui ont donné effet conformément à cette interprétation. Ainsi, la véritable question qui se pose à la Cour est de savoir dans quelle mesure la Convention a un effet «horizontal», c'est-à-dire un effet qui interdit aux particuliers de prendre des mesures portant atteinte aux droits et aux libertés d'autres particuliers. Autrement dit: dans quelle mesure l'Etat a-t-il l'obligation soit d'interdire ces mesures privées, soit de refuser de les appliquer?

Il paraît évident que les auteurs de la Convention n'ont pas souhaité que cet instrument eût un «effet sur les tiers» (A. Drzemczewski, «*The European Human Rights Convention and Relations between Private Parties*», *Netherlands International Law Review* 1979, n° 2, p. 168). Cependant, dans notre jurisprudence, il est clair qu'il peut y avoir certaines obligations positives pour l'Etat d'adopter des mesures visant au respect de droits garantis par la Convention jusque dans les relations des individus entre eux (*X et Y c. Pays-Bas*, arrêt du 26 mars 1985, série A n° 91, p. 11, § 23). Cet «effet indirect sur les tiers» a été traité par la Cour dans des domaines nombreux et variés, tels le droit à la vie (obligation pour l'Etat de procéder à une enquête effective en cas d'homicide commis par un particulier – voir par exemple *Menson c. Royaume-Uni* (déc.), n° 47916/99, CEDH 2003-V), la liberté d'expression (*Appleby et autres c. Royaume-Uni*, n° 44306/98, CEDH 2003-VI, arrêt dans lequel la Cour a indiqué au paragraphe 39 que l'Etat pouvait être tenu de prendre des «mesures positives de protection jusque dans les relations des individus entre eux»), la liberté d'association (*Young, James et Webster c. Royaume-Uni*,

arrêt du 13 août 1981, série A n° 44, qui représente le premier arrêt de ce type), la liberté de réunion (*Plattform « Ärzte für das Leben » c. Autriche*, arrêt du 21 juin 1988, série A n° 139) et, surtout, la protection de la vie privée (voir par exemple *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie*, n° 31679/96, CEDH 2000-I, en particulier le paragraphe 113).

Néanmoins, il semble tout aussi évident que le niveau de protection contre un acte privé ne saurait être équivalent au niveau de protection contre un acte de l'Etat. Le simple fait qu'au regard de la Convention il puisse être interdit à l'Etat de prendre certaines mesures (comme l'introduction en matière successorale de distinctions entre les enfants – les arrêts *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, série A n° 31; *Vermeire c. Belgique*, 29 novembre 1991, série A n° 214-C; *Mazurek c. France*, n° 34406/97, CEDH 2000-II) ne signifie pas que l'on empêche de la même façon les particuliers de prendre de telles mesures. En d'autres termes, ce qui est interdit à l'Etat n'a pas forcément à l'être aussi aux individus. Bien sûr, dans de nombreux domaines cette interdiction peut sembler nécessaire et fondée. Cependant, il ne faut pas oublier que toute interdiction pesant sur un acte privé (ou tout refus de faire exécuter judiciairement un tel acte) protège les droits de certaines personnes mais restreint inévitablement ceux d'autres individus. Cela est particulièrement visible concernant les relations qui sont « purement » de droit privé, comme la succession. L'idée même d'un testament est de déroger au régime successoral commun, c'est-à-dire d'opérer une distinction entre héritiers potentiels. En même temps, le testateur doit conserver une certaine liberté dans la transmission de ses biens, liberté qui est protégée tant par l'article 8 de la Convention que par l'article 1 du Protocole n° 1. Ainsi, j'estime que la règle devrait être la suivante: l'Etat doit donner effet aux clauses testamentaires privées, sauf circonstances exceptionnelles où la clause peut être considérée comme étant incompatible avec les idéaux fondamentaux de la Convention ou visant à la destruction des droits et libertés qui y sont reconnus. Cependant, l'existence de telles circonstances exceptionnelles doit, comme toujours, être clairement établie; elle ne peut être présumée.

Aucune circonstance exceptionnelle de ce type n'existait dans la présente affaire. La testatrice avait pris une décision qui était peut-être injuste mais qui ne saurait, même au regard des critères actuels, être considérée comme incompatible avec les idéaux fondamentaux de la Convention ou comme visant d'une autre façon à la destruction des droits garantis par la Convention. Ainsi, l'Etat était soumis à l'obligation de respecter et de faire appliquer son testament; il ne devait ni ne pouvait substituer aux dispositions testamentaires ses propres critères successoraux. En conséquence, on ne saurait juger que l'Etat a porté atteinte à la Convention en donnant effet à cet instrument.

PLA AND PUNCERNAU v. ANDORRA
(Application no. 69498/01)

FOURTH SECTION

JUDGMENT OF 13 JULY 2004¹

1. Translation; original French.

SUMMARY¹**Adopted child prevented from inheriting estate following an interpretation by the courts of testator's intention****Article 14 in conjunction with Article 8**

Discrimination – Adopted child prevented from inheriting estate following an interpretation by the courts of testatrix's intention – Family life – Succession – Child inheriting via adoptive father estate left by adoptive grandmother deceased prior to his adoption – Difference in treatment on account of birth outside marriage – Interpretation by national court of private deed – Will – General principle of law – Interpretation of the Convention in the light of present-day conditions – Interpretation by national court of legal deed blatantly inconsistent with right guaranteed by the Convention and principles underlying the Convention

*
* *

The adoptive father and husband of the applicants respectively was the beneficiary and life tenant under his mother's will. In her will made in 1939, his mother had indicated that her son was to transfer the estate left in her will to a "son or grandson of a lawful and canonical marriage" and that, should that condition not be met, her estate would pass to other descendants. In 1969 the beneficiary under the will contracted canonical marriage to the second applicant and they adopted the first applicant in accordance with the procedure for full adoption. In 1995, by private deed, the first applicant's adoptive father left the assets he had inherited under his mother's will to the second applicant for life and to the first applicant as remainderman. The succession took effect in November 1996. Two great-granddaughters of the testatrix, who were also potential heirs, instituted civil proceedings, arguing that the first applicant, as an adopted child, could not inherit under the will drawn up by the testatrix in 1939. Their main contention was that the private deed of 1995 should be declared null and void and the applicants ordered to return all the assets of their great-grandmother's estate to them. The court of first instance dismissed the action on the ground that the testatrix's intention had to be inferred from the words used in the will. The testatrix had not intended to prevent adopted or non-biological children from inheriting her estate; if that had been her intention she would have made express provision for it. Accordingly, the private deed of 1995 was compatible with the will drawn up in 1939. In May 2000 the High Court of Justice set the lower court's judgment aside and gave its own interpretation of the testatrix's intention. Referring to the legal rules in force when the testatrix was alive, the High Court held that she had not intended to include adopted children among the beneficiaries of her estate. It therefore set aside the private deed of 1995, declared

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

that the great-granddaughters were the legitimate heirs to their great-grandmother's estate and ordered the assets to be returned to them. Appeals lodged by the applicants were all dismissed.

Held

Article 14 in conjunction with Article 8: Applicability (preliminary objection): The rights of succession between grandchildren and grandparents fell within "family life" as was the case here even if the testatrix had died before her grandson was adopted. On the merits, it was not the applicable national legislation that was in issue but the interpretation by the Andorran courts of a testamentary disposition. Regarding the interpretation of an eminently private instrument such as a clause in a person's will, an issue of interference with private and family life could only arise if the national courts' assessment of the facts or domestic law was manifestly unreasonable or arbitrary or blatantly inconsistent with the fundamental principles of the Convention. In the present case, the High Court of Justice had held that the notion of "son" in the 1939 will referred only to biological sons. The Court could not follow that conclusion. In its view, it could not be inferred from the words used in the will that the testatrix had intended to exclude adopted grandsons from her estate. She could have done so but, as she had not, the only possible and logical conclusion was that this had not been her intention. The High Court of Justice's interpretation of the testamentary disposition was contrary to the general principle of law that where a statement was unambiguous there was no need to examine the intention of the person who had made it. Admittedly, the Court was not in theory required to settle disputes of a purely private nature. That being said, in exercising the European supervision incumbent on it, it could not remain passive where a national court's interpretation of a legal deed, be it a testamentary disposition, a private contract, a public document, a statutory provision or an administrative practice appeared unreasonable, arbitrary or, as in the present case, blatantly inconsistent with the prohibition of discrimination established by Article 14 and more broadly with the principles underlying the Convention. In the present case, the High Court of Justice's interpretation of the testamentary disposition in question had had the effect of depriving the first applicant of his right to inherit under his grandmother's estate and benefiting his cousin's daughters in that regard. Furthermore, the second applicant had lost her right to the life tenancy of the estate assets left her by her late husband. Since the testamentary disposition, as worded by the testatrix, had made no distinction between biological and adopted children, it was unnecessary to interpret it in that way. Such an interpretation therefore amounted to the judicial deprivation of an adopted child's inheritance rights.

The Court did not discern a legitimate aim pursued by the distinction or any objective and reasonable justification on which it might be based. In the Court's view, where a child was adopted (under the full adoption procedure, moreover), the child was in the same legal position as a biological child of his or her parents in all respects: relations and consequences connected with his family life and the resulting property rights. Furthermore, there was nothing to suggest that reasons of public policy had required the degree of protection afforded by the court to the appellants to prevail over that afforded to the applicant. The Convention was a living instrument, to be interpreted in the light of present-day conditions and

great importance was attached today in the member States of the Council of Europe to the question of equality of civil rights between children born in and children born out of wedlock. Thus, even supposing that the testamentary disposition in question had required an interpretation by the domestic courts, that interpretation could not be made exclusively in the light of the social conditions existing when the will had been made or at the time of the testatrix's death, namely in 1939 and 1949, particularly where a period of fifty-seven years had elapsed between the date when the will had been made and the date on which the estate had passed to the heirs. Where such a long period had elapsed, during which profound social, economic and legal changes had occurred, the courts could not ignore those new realities. The same was true with regard to wills: any interpretation, if interpretation there had to be, had to endeavour to ascertain the testator's intention and render the will effective, while bearing in mind that "the testator cannot be presumed to have meant what he did not say" and without overlooking the importance of interpreting the testamentary disposition in the manner that most closely corresponded to domestic law and to the Convention as interpreted in the Court's case-law.

Conclusion: violation (five votes to two).

Article 41: the Court reserved the question of the application of this Article.

Case-law cited by the Court

Marckx v. Belgium, judgment of 13 June 1979, Series A no. 31

Winterwerp v. the Netherlands, judgment of 24 October 1979, Series A no. 33

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

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

Vermeire v. Belgium, judgment of 29 November 1991, Series A no. 214-C

Van Raalte v. the Netherlands, judgment of 21 February 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I

Larkos v. Cyprus [GC], no. 29515/95, ECHR 1999-I

Mazurek v. France, no. 34406/97, ECHR 2000-II

Camp and Bourimi v. the Netherlands, no. 28369/95, ECHR 2000-X

Fretté v. France, no. 36515/97, ECHR 2002-I

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

In the case of Pla and Puncernau v. Andorra,

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

Sir Nicolas BRATZA, *President*,

Mrs V. STRÁŽNICKÁ,

Mr J. CASADEVALL,

Mr R. MARUSTE,

Mr L. GARLICKI,

Mr J. BORREGO BORREGO,

Mr S. PAVLOVSKI, *judges*,

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

Having deliberated in private on 7 October 2003, 23 April 2004 and 22 June 2004,

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

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 69498/01) against the Principality of Andorra lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by two Andorran nationals, Mr Antoni Pla Puncernau and Mrs Roser Puncernau Pedro (“the applicants”), on 16 May 2001.

2. The applicants were represented by Mr M. Pujadas, of the Andorran Bar. The Andorran Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mrs R. Castellón Sánchez, Head of the Government’s Legal Office.

3. The applicants alleged that, in determining inheritance rights, the High Court of Justice and the Constitutional Court had discriminated against the first applicant on grounds of filiation. In their submission, that had amounted to a violation of Article 8 of the Convention taken alone and in conjunction with Article 14.

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

5. On 1 November 2001 the Court changed the composition of its Sections (Rule 25 § 1). This case was assigned to the newly composed Fourth Section (Rule 52 § 1).

6. By a decision of 27 May 2003, the Chamber declared the application partly admissible.

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

8. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 7 October 2003 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mrs R. CASTELLÓN SÁNCHEZ,	<i>Agent,</i>
Mr M. VILA AMIGÓ,	<i>Counsel,</i>
Ms M. FERNÁNDEZ LLORENS,	
Mr J. MEDINA ORTIZ, lawyers,	<i>Advisers;</i>

(b) *for the applicants*

Mr M. PUJADAS,	
Ms C. LLUFRIU,	
Ms V. DURICH, lawyers,	<i>Counsel.</i>

9. The Court heard addresses by Mr Pujadas for the applicants and by Mr Vila Amigó for the Government and their replies to a question put by the President of the Chamber.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

10. The first applicant, Mr Antoni Pla Puncernau, who was born in 1966, is the adopted son of the second applicant, Mrs Roser Puncernau Pedro. The second applicant was the first applicant's supervisor, as Mr Pla Puncernau is mentally handicapped. They both lived in Andorra. She died when the proceedings were still pending before the Court.

A. Background to the case

11. In 1949 Mrs Carolina Pujol Oller, the widow of Francesc Pla Guash, died leaving three children: Francesc-Xavier, Carolina and Sara. She had made a will before a notary in 1939. Under the seventh clause of her will, she settled her estate on her son, Francesc-Xavier, as tenant for life. Should he be unable to inherit, the estate was to pass to his sister, Carolina, and if she was also unable to inherit, it was to pass to Sara's son, Josep Antoni Serra Pla.

12. The testatrix indicated that Francesc-Xavier, the beneficiary and life tenant under her will, was to transfer the estate to a son or grandson of

a lawful and canonical marriage. To that effect she had inserted the following clause in her will: “The future heir to the estate must leave it to a son or grandson of a lawful and canonical marriage ...” (“*El qui arribi a ésser hereu haurà forçosament de transmetre l’herència a un fill o net de legítim i canònic matrimoni ...*”).

Should those conditions not be met, the testatrix had stipulated that the children and grandchildren of the remaindermen under the settlement would be entitled to her estate.

13. The beneficiary under the will, Francesc-Xavier, contracted canonical marriage to the second applicant, Roser Puncernau Pedro. By deed drawn up on 11 November 1969 before a notary in La Coruña (Spain), they adopted a child, Antoni, in accordance with the procedure for full adoption. They subsequently adopted a second child.

14. In 1995 Francesc-Xavier Pla Pujol made a will in which he left 300,506 euros (EUR) to his son, Antoni (the first applicant), and EUR 180,303 to his daughter. He named his wife, Roser (the second applicant), sole heir to the remainder of his estate. In a codicil of 3 July 1995, Francesc-Xavier Pla Pujol left the assets he had inherited under his mother’s will to his wife for life and to his adopted son, Antoni, as remainderman. The assets in question consisted of real estate. On 12 November 1996 Francesc-Xavier Pla Pujol died. The codicil was opened on 27 November 1996.

15. Accordingly, the only potential heirs to the estate under the will are the applicants, Antoni Pla Puncernau and his mother, and two sisters, Carolina and Immaculada Serra Areny, who are the great-grandchildren of the testatrix.

B. Civil action brought by the sisters Carolina and Immaculada Serra Areny to have the 1995 codicil set aside

16. On 17 July 1997 Carolina and Immaculada Serra Areny brought proceedings in the *Tribunal des Batlles* of Andorra to have the codicil of 3 July 1995 declared null and void and seeking an order requiring the applicants, as defendants in the proceedings, to return to the plaintiffs all the assets of the estate of Carolina Pujol Oller, their great-grandmother, and to pay them damages for unlawful possession of the assets.

17. In a judgment delivered on 14 October 1999, after hearing submissions from both sides, the Civil Division of the *Tribunal des Batlles* of Andorra dismissed the action for the following reasons:

“ ...

III. Both parties agree that it is the contents of the will that determine the testatrix’s intention at the time of making it, so that the will has to be interpreted in accordance

with that intention, which is to be inferred from the words used in the will (*Digest* 50, 16, 219). Since 1941 it has been apparent from the case-law of the Andorran courts (judgment of the Judge of Appeals dated 3 February 1941) that 'on both a partially intestate and a testate succession it is principally the testator's intention that must be taken into account, as can be inferred from many provisions of Roman and canon law ...'

IV. In her will dated 12 October 1939, the testatrix stipulated that ... 'The future heir to the estate must leave it to a son or grandson of a lawful and canonical marriage ...' [*El qui arribi a ésser hereu haurà forçosament de transmetre l'herència a un fill o net de legítim i canònic matrimoni ...*].

In doing so, the will in question set up a family settlement *si sine liberis decesserit*. An analysis of this type of settlement shows that the purpose is to secure and preserve the estate by keeping it in the settlor's family.

V. In interpreting the contents of the will in question, account has to be taken, as has previously been stated, of the testatrix's intention in the light of the words used and the actual nature of the society in which she lived.

When the will was made, the Constitution had not been enacted and there was no ordinary statute or other relevant analogous provisions. Consequently, for the purposes of interpreting the wording in the will reference has to be made to customary law, the *ius commune*, deriving from the influence of Roman law as amended by canon law, and to the relevant case-law of the Andorran courts ... Foreign legislation, case-law and legal theory cannot apply in the present case.

The *Corpus Iuris* provided for the institution of adoption and included in the word 'child', children born out of wedlock and adopted children ... by providing for two forms of adoption: one undertaken under the authority of a *princep* and the other before a judge. The procedure followed in the first case was to ask the adoptive parent if he sought to take the adopted child as his legitimate child and to ask the adopted child if he consented. It was also stipulated that 'a consanguineous relationship is not instituted by deed but by birth or solemn adoption' (Diocletian and Maximianus, *Codi* 4, 19, 13). Furthermore, 'the father-child bond is not created by mere declarations or false assertions, even if both parties consent, but only by lawful marriage or solemn adoption' (Diocletian and Maximianus, *Codi* 4, 19, 14) ...

Consequently, according to the Roman concept of adoption, the adopted child leaves his family of origin and terminates all legal connection with it. On doing so he becomes the son of the adoptive parent's family and, as such, takes the family name and above all acquires inheritance rights. This institution has essentially been used for inheritance purposes. Subsequently, two forms of adoption became available: full adoption and simple adoption [*menys plena*], the sole purpose of the latter being to safeguard the adopted child's rights over the adoptive parent's estate. Full adoption is based on the idea that adoption must replace or imitate biological filiation.

...

VI. ... If account is taken of the fact that adoption is a legal institution whose purpose is to enable childless couples to have children ... At that time adoption therefore already satisfied a need, with the adopted child being regarded as a legitimate child. That approach was subsequently confirmed by the Constitution and by statute.

It cannot therefore be said that, by inserting that clause, the testatrix intended to prevent adopted or non-biological children from inheriting her estate. If that had been her intention, she would have made express provision for it.

Accordingly, the codicil made by the late heir, Francesc-Xavier Pla Pujol, is compatible with the deceased Carolina Pujol Oller's will and cannot be declared null ..."

C. Appeal to the High Court of Justice of Andorra

18. The Serra Areny sisters appealed to the High Court of Justice of Andorra. In a judgment delivered on 18 May 2000, after hearing submissions from both sides, the High Court set the lower court's judgment aside. It allowed the appeal, set aside the codicil of 3 July 1995, declared that the appellants were the legitimate heirs to their great-grandmother's estate and ordered the applicants to return the property in question. The grounds for the court's judgment were as follows:

"II. ... Accordingly, the fundamental question to be resolved in the instant case is whether a child who has been adopted in accordance with the procedure for full adoption can be regarded as a child of a lawful and canonical marriage, as required by the testatrix ...

III. This question has to be resolved in accordance with the legal rules on the relationship of adopted children to their adoptive parents that were in force in 1939 and 1949, that is, between the time when Mrs Carolina Pujol i Oller made her will and the date of her death. A will becomes a legal deed from the date on which it is made in accordance with the statutory formalities. Accordingly, in interpreting the testamentary dispositions, regard must be had in the instant case to the legal position of adopted children in the social and family conditions existing in 1939 when the will was made and possibly in 1949 when the testatrix died ...

Legal commentators with first-hand experience of Andorran life stress that adoption is practically unheard of in Andorra (Brutails: '*Andorran customs*', p. 122). That assertion is borne out by all the Andorran case-law reports, in which there is no reference to adoption. This silence on the subject is perfectly understandable, moreover, given that the provisions of Roman law on adoption could not easily be transposed to Andorran families living in the first half of the twentieth century for the following reasons: since the nineteenth century it could be regarded as an institution that had become obsolete and, to a certain extent, unnecessary given that the main purpose – to appoint a successor or heir – had been achieved in the Principality of Andorra through the institution of *heretament* (agreement, specific to Catalan law, on the succession of a living person), introduced by customary law. In that social and family context, it is difficult to sustain the proposition that, in setting up a family settlement in case her heir should die without leaving offspring of a lawful and canonical marriage, the testatrix was also referring to adopted children, given that, at the time, adoption was not an established institution in the Principality of Andorra.

The fact that in the instant case the adoptive parents were married to each other does not make their adopted child a legitimate child or a child born of the marriage. The distinction according to whether a child was born in or out of wedlock is relevant only

to illegitimate children ... with regard to adopted children, the distinction according to whether a child was born in or out of wedlock does not apply. Accordingly, a child adopted by a couple is an adopted child and not a legitimate child or a child of the marriage.

Furthermore, the notarially recorded deed of adoption was drawn up in Spain in accordance with the Spanish procedure for full adoption ... The Law of 24 April 1958, amending the Civil Code, is applicable to the conditions and general effects of full adoption. Under that Law, the act of adopting a child gave him or her the status of the adoptive father/mother's child, but did not give the child family status with regard to the adoptive parents' family. Under Article 174-VII of the Spanish Civil Code, adoption created a filial tie between the adoptive parent, the adopted child and his or her legitimate descendants, but not with the adoptive parent's family. Moreover, the inheritance rights were also limited in the present case: the deed of adoption referred to the relevant 1960 Catalan legislation, that is, a compilation of 1960 Catalan civil law. Article 248 provided that on an intestate succession adopted children were entitled to inherit only from their adoptive father or mother and not from the rest of their adoptive parents' family. That rule reflected the idea that adoption created only a filial status and not a family status.

IV. Accordingly, from a legal standpoint, the adopted children of persons on whom an estate was settled by their father or mother were unconnected with the family circle with regard to the beneficiary's ascendants. That approach can largely be explained by the minimal impact of adoption on the social and family consciousness in Andorra, both at the time when the will was made and when the testatrix died. The testatrix's presumed intention has to be established in the light of the circumstances existing at the time of her death. The adopted children of her legitimate son or of the marriage were unconnected with the family circle both from a legal and a sociological point of view.

The purpose of a family settlement *si sine liberis decesserit* under Catalan law is to keep the family estate in the legitimate or married family and Catalan legal tradition has always favoured the exclusion of adopted children from such family settlements ... Thus, in order for adopted children to inherit under this type of settlement, there must be no doubt as to the testatrix's intention to depart from the usual nature of this institution. In the instant case, the expression 'offspring of a lawful and canonical marriage', which appears in the 1939 will, does not suffice to infer that the testatrix intended to depart from the usual meaning given to family settlements *si sine liberis decesserit* under the Catalan and Andorran law of succession.

V. It is apparent from the foregoing that, although the law in force when the child was actually adopted allowed adopted children to inherit from their adoptive parents on an intestate succession (code 8, 48, 10), those rights cannot extend to a testate succession, where the main factor is the testator's intention. Accordingly, any doubt as to the scope of the expression 'offspring of a lawful and canonical marriage' falls away when the testatrix's intention is analysed in the light of the social, family and legal conditions in which she lived. In the present case, nothing militates in favour of including the life tenant's adopted children, given the minimal impact of adoption on Andorran family and inheritance law, the adopted child's status as the adoptive parents' child (son) but not as a member of the parents' family, the purpose traditionally ascribed to family settlements under Catalan law, and Catalan and Andorran legal tradition."

D. Application to the High Court of Justice of Andorra to have the proceedings set aside on grounds of nullity

19. The applicants lodged an application with the High Court of Justice to have the proceedings set aside. They submitted that the latter had breached the principle of equality before the law enshrined in Article 6 of the Andorran Constitution and that they had breached Article 10 (right to judicial protection and to a fair trial) of the Andorran Constitution. In a decision of 28 June 2000, the High Court of Justice dismissed their application as ill-founded.

E. Appeal (*recurso de empara*) before the Constitutional Court

20. The applicants lodged an *empara* appeal with the Constitutional Court against the decisions of the High Court of Justice. They alleged a violation of Article 13 § 3 (principle of children's equality before the law regardless of filiation) and Article 10 (right to judicial protection and a fair trial) of the Andorran Constitution. In a decision of 13 October 2000, the Constitutional Court declared their appeal inadmissible for the following reasons:

"... It seems clear that the judgment of the High Court of Justice is limited to clarifying and determining, that is, interpreting, a specific point concerning the testatrix's intention, as expressed in her will in the form of a family settlement in favour of a child or grandson of a lawful and canonical marriage.

The High Court of Justice does not at any point suggest that there is general discrimination against, or inequality between, children according to whether they are biological or adopted. Such an assertion would evidently amount to a flagrant breach of Article 13 § 3 of the Constitution and would also be contrary to the prevailing legal opinion according to which legal systems must always be interpreted, which is that all children are equal, irrespective of their origin. However, as submitted in substance by State Counsel, 'discrimination against adopted children as compared to biological children does not in the instant case derive from an act of the public authorities, that is, from the judgment of the Civil Division of the High Court of Justice, but from the intention of the testatrix or settlor regarding who should inherit under her will' in accordance with the principle of freedom to make testamentary dispositions, which is a concrete manifestation of the general principle of civil liberty.

In its judgment, the High Court of Justice confined itself to interpreting a testamentary disposition. It did so from the legal standpoint it considered adequate and in accordance with its unfettered discretion, seeing that the interpretation of legal instruments is a question of fact which, as such, falls under the jurisdiction of the ordinary courts.

..."

21. The applicants lodged an appeal (*recurso de súplica*) with the Constitutional Court, which dismissed it on 17 November 2000.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW

22. Articles 6, 13 and 14 of the Andorran Constitution of 14 March 1993 provide:

Article 6

“1. Everyone is equal before the law. No one may be discriminated against on grounds of birth, race, sex, origin, religion, opinions or any other personal or social condition.

2. The public authorities shall create the conditions necessary to give full effect to the principles of equality and freedom.”

Article 13

“1. The civil status of persons and forms of marriage shall be regulated by law. Canonical marriages are recognised as having civil effects.

...

3. Both spouses have the same rights and duties. All children are equal before the law, regardless of their filiation.”

Article 14

“Everyone has the right to respect for their privacy, honour and image. Everyone is entitled to legal protection from unlawful interference with their private and family life.”

23. Section 24 of the Special Law (*qualificada*) of 21 March 1996 on the adoption and protection of minors in distress provides:

“... Adopted children have the same rights and obligations within the adoptive family as legitimate children.”

THE LAW

I. THE GOVERNMENT’S PRELIMINARY OBJECTION

24. The Government raised the objection that Article 8 of the Convention was inapplicable to the facts of the case because there had been no “family life” within the meaning of that provision between the applicants and Carolina Pujol Oller. In that connection, the Government referred to the lack of a genuine relationship between the grandmother, Carolina Pujol Oller, who had died in 1949, and the first applicant, who was adopted in 1969. In the Government’s submission, the Court had always adopted a pragmatic approach to the concept of “family life” in order to protect *de facto* rather than *de iure* family life. In that sense, the existence of a formal family tie was insufficient to attract the protection of Article 8.

25. For their part, the applicants disputed the Government's submission, arguing that, if upheld, it would, for example, exclude posthumous children from the scope of Article 8. Moreover, the Government's argument also concerned Carolina and Immaculada Serra, who had brought the proceedings in the Andorran courts to have the codicil set aside and had not known their great-grandmother either.

26. The Court points out that in *Marckx v. Belgium* (judgment of 13 June 1979, Series A no. 31, pp. 23-24, §§ 51-52), it accepted that the right of succession between children and parents, and between grandchildren and grandparents, was so closely related to family life that it came within the sphere of Article 8. It has thus considered that matters of intestate succession – and voluntary dispositions – between near relatives prove to be intimately connected with family life. Family life does not include only social, moral or cultural relations, for example in the sphere of children's education; it also comprises interests of a material kind, as is shown by, amongst other things, the obligations in respect of maintenance and the position occupied in the domestic legal systems of the majority of the Contracting States by the institution of the reserved portion of an estate (*réserve héréditaire*). The fact that Carolina Pujol Oller had died before the first applicant was adopted is no reason for the Court to adopt a different approach in the present case (see, *mutatis mutandis*, *Camp and Bourimi v. the Netherlands*, no. 28369/95, § 35, ECIIR 2000-X).

Article 8 of the Convention is therefore applicable.

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

27. The applicants complained that, in determining inheritance rights, the High Court of Justice and the Constitutional Court had breached the applicants' right to respect for their private and family life by unjustifiably discriminating against the first applicant on the ground of his filiation. They submitted that this had resulted in a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8.

28. Article 8 of the Convention provides:

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

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

29. 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.”

A. The parties' submissions

1. *The applicants*

30. The applicants stressed at the outset that the Court was faced with a problem that it had never had to deal with before. The previous cases it had examined (see *Marckx*, cited above; *Inze v. Austria*, judgment of 28 October 1987, Series A. no. 126; and *Mazurek v. France*, no. 34406/97, ECHR 2000-II) had concerned the statutory provisions governing instances of intestate succession that had given rise to an unlawful interference by the State with the applicants' family life and/or discrimination in family relations on grounds of birth.

31. The present case related to the private sphere since it concerned the freedom to arrange one's affairs in the form of a will made by Carolina Pujol Oller in 1939. The testatrix had died in 1949. The first applicant was adopted in 1969 and it was not until 1996, after the death of Carolina's son and life tenant under her will, that the codicil he had drawn up in 1995 was opened. The applicants were in no doubt that the case fell to be examined under the provisions of private law, which had to be read in the light of Andorran law as in force in 1996 and the Convention. Those rules had evidently not been applied by the High Court of Justice.

32. The applicants pointed out that customary law (*ius commune*) was a supplementary source of civil law under the Andorran law. The *ius commune* in force in Andorra incorporated Andorran customary law based on Roman law as revised in the light of canon law. That was the applicable legal framework in 1939, when the will was made. Adoption had already been a feature of canon law when it was first drafted over a thousand years ago. The Catholic Church attributed to adopted children the status laid down in canon 1094 of the Benedict XV Code, which was the relevant legislation in force when the will had been drafted in 1939. That status had been confirmed in 1983 by canon 110 of the modern Code of Canon Law, which enshrined the principle that adopted children and legitimate children were equal. There was abundant case-law authority to support the submission that canon law was a supplementary source of law in the Principality of Andorra. Moreover, under Roman law adopted children had the same inheritance and family rights as legitimate and illegitimate children. Adoption had therefore been envisaged both in canon law and in

Roman law. It was therefore undeniably a known legal institution that had been used by Andorrans in 1939.

33. With regard to the rules on interpreting wills, the applicants observed that, in accordance with the relevant Roman tradition, where a testamentary disposition was clear and unambiguous there was no need to depart from it on the pretext of ascertaining its meaning.

34. Accordingly, if the testatrix had really intended to exclude adopted children from the family settlement, she would have inserted a specific clause to that effect, as was habitually done by Andorran and Catalan notaries. In that connection, the applicants referred to the many forms, notarial deeds and court decisions by which adopted sons were in practice always prevented from inheriting an estate by an express exclusion clause which required the child to be legitimate and biological. This was phrased in the following ways: “*son of a lawful, canonical and carnal marriage*”, or “*legitimate and biological son of a canonical marriage*” or “*son procreated by lawful and carnal marriage*”. In the present case, however, Carolina Pujol Oller had made no mention in her will of any tacit or express exclusion of adopted sons. The sole purpose of the clause had been to exclude illegitimate sons.

35. The High Court of Justice of Andorra had therefore failed to apply the appropriate law in the present case. In the applicants’ submission, the court should have interpreted the will in accordance with the legislation in force in 1996, particularly the Andorran Constitution of 1993 and the adoption law of March 1996. That total failure to apply the appropriate law had resulted in an interference with their rights by the Andorran authorities, which were the ultimate guarantors of their right to enjoy their family life without any unjustified discrimination. In their view, the testatrix had clearly not made any distinction in her will regarding adopted children. Accordingly, it was neither for individuals nor the courts to make such a distinction, which was moreover contrary to the Andorran Constitution and the European Convention. The judgment of the High Court of Justice therefore amounted to an unlawful interference with their private and family life, which was clearly discriminatory as regards the first applicant. That interference and discrimination were expressly prohibited by the Andorran Constitution of 1993 and the Special Law on adoption and protection of minors in distress enacted in March 1996.

36. In conclusion, the applicants submitted that there had been a violation of Articles 8 and 14 of the Convention.

2. *The Government*

37. The Government stressed at the outset that Andorran law did not in any way discriminate between adopted children and legitimate children. In *Marekx*, the Court had found a violation of the Convention,

but that had been based on a statutory discrimination. It was the exact opposite situation here, since Andorran law recognised that grandchildren, be they legitimate, illegitimate or adopted, had the same statutory inheritance rights with regard to their parents (reserved portion of the estate on a testate succession and hereditary rights on an intestate succession) and with regard to their grandparents. In the Government's submission, the present case differed substantially from *Marckx* because the first applicant had been left more than EUR 300,000 by his father and had had the same inheritance rights as his sister or any other legitimate brother or sister if there had been one.

38. The property dispute in the present case arose as a result of the free will of a testatrix who, under domestic law, had been entirely free to dispose of her property as she wished, apart from the reserved portion. Subject to that restriction, the freedom to dispose of the remaining assets was protected under Andorran law. Once the portion reserved to the heirs was protected, testators were free to dispose of the rest of the property as they wished. That was precisely what had happened here. The Government submitted that there had been no interference with the applicants' family life. Moreover, even supposing that the decisions of the Andorran courts could be deemed to have interfered with the rights to which the applicants referred, the interference had been justified. Firstly, the decision of the High Court could be deemed to have pursued the legitimate aim of protecting the right of the true heirs under the settlement and, accordingly, was aimed at protecting the rights and freedoms of others. Secondly, the decision complained of fell within the States' margin of appreciation in areas such as the one in issue here. In sum, a fair balance had been struck between the competing rights in question.

39. In the Government's submission, the High Court of Justice's interpretation was in keeping with the testatrix's intention in 1939 and the law in force in Andorra at the time of her death in 1949. According to the legal tradition applicable at the time, adopted sons did not have the same rights as legitimate sons under family settlements because the purpose of that institution was to keep the family estate in the family. The postglossators had already observed that extending family settlements to adopted sons meant that the fulfilment of the condition was in the hands of the life tenant, with the clear risk of fraud or abuse of right that that entailed.

40. The Government reiterated that the interpretation of domestic law was a matter solely for the domestic courts, which were the best placed to interpret and apply domestic law. The Court's scrutiny was limited to ensuring that that application and interpretation were compatible with the requirements of the Convention. In the present case, the High Court of Justice had found, after examining the domestic law and the parties' allegations in detail in the course of the due exercise of its

functions in interpreting the intention of the testatrix, that she had not included a provision expressly excluding adopted children because, to her mind, they had clearly been excluded by the term “son of a legitimate and canonical marriage”. In sum, the High Court of Justice’s interpretation had not breached the Convention, because the judgment contained no humiliating expression or declaration or one that could be regarded as infringing the human dignity of adopted children. The judgment was limited to finding that the testatrix had not intended adopted children to inherit her estate. Moreover, the will did not contain any clause that was illegal or contrary to public policy. The Government observed that any entitlement under a will was, by definition, discriminatory in that it generated differences between heirs.

41. In conclusion, the Government submitted that there had been no violation of the provisions in question.

B. The Court’s assessment

42. Since the issue of alleged discriminatory treatment of the first applicant is at the heart of the applicants’ complaint, the Court considers it appropriate to examine the complaint first under Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8.

43. The Court has had occasion in previous cases to examine allegations of differences of treatment for succession purposes both under Article 14 taken in conjunction with Article 8 (see *Marckx*, cited above, p. 24, § 54, and *Vermeire v. Belgium*, judgment of 29 November 1991, Series A no. 214-C, p. 83, § 28) and under Article 14 taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1 (see *Inze*, cited above, p. 18, § 40, and *Mazurek*, cited above, § 43). The Court reaffirms that the essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary interference by the public authorities (see, for example, *Johnston and Others v. Ireland*, judgment of 18 December 1986, Series A no. 112, p. 25, § 55, and *Camp and Bourimi*, cited above, § 28). That being said, it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective “respect” for private or family life (see *Marckx*, cited above, pp. 14-15, § 31).

The factor common to those cases was that the difference of treatment of which complaint was made resulted directly from the domestic legislation, which distinguished between legitimate and illegitimate children (see *Marckx*, *Vermeire* and *Inze*, cited above) or between children born of an adulterous relationship and other children, whether or not born in wedlock (see *Mazurek*, cited above). The question raised in each of these cases was whether such difference of treatment within the legal system of the

respondent States violated the rights of the applicants under Article 14 taken in conjunction with Article 8 of the Convention or Article 1 of Protocol No. 1.

44. The essential difference between the present case and the above-cited ones is that in the instant case the Court is not required to determine whether there is an incompatibility between the Convention and the Andorran statutory provisions on adopted children's inheritance rights. The Court notes in that connection, moreover, that the parties agreed that both the Andorran Constitution of 1993 and the special law on adoption of 21 March 1996 were compatible with the principle under Article 14 of the Convention prohibiting discrimination on grounds of birth. In the present case, the question in issue concerns the High Court of Justice of Andorra's interpretation, upheld by the Constitutional Court, of a testamentary disposition drafted in 1939 and executed in 1995. The Court has to determine whether that interpretation breached Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8.

45. Clearly, the Andorran authorities cannot be held liable for any interference with the applicants' private and family life any more than the Andorran State can be held liable for a breach of any positive obligations to ensure effective respect for family life. The applicants confined themselves to challenging a judicial decision that had declared a private deed disposing of an estate to be contrary to the testatrix's wishes. The only outstanding question is that of the alleged incompatibility with the Convention of the Andorran courts' interpretation of domestic law.

46. On many occasions, and in very different spheres, the Court has declared that it is in the first place for the national authorities, and in particular the courts of first instance and appeal, to construe 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). That principle, which by definition applies to domestic legislation, is all the more applicable when interpreting an eminently private instrument such as a clause in a person's will. In a situation such as the one here, the domestic courts are evidently better placed than an international court to evaluate, 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). When ruling on disputes of this type, the national authorities and, in particular, the courts of first instance and appeal have a wide margin of appreciation.

Accordingly, an issue of interference with private and family life could only arise under the Convention if the national courts' assessment of the facts or domestic law were manifestly unreasonable or arbitrary or blatantly inconsistent with the fundamental principles of the Convention.

47. The present case dates back to 1939 when Carolina Pujol Oller, Francesc Pla Guash's widow, made a will before a notary, the seventh clause of which settled her estate on her son, Francesc-Xavier (the first applicant's father) as life tenant with the remainder to a son or grandson of a lawful and canonical marriage. Should those conditions not be met, the testatrix stipulated that her estate had to pass to the children and grandchildren of the remaindermen under the settlement. In 1949 Carolina Pujol Oller died.

48. The beneficiary under the will, Francesc-Xavier Pla Pujol, contracted canonical marriage to the second applicant, Roser Puncernau Pedro. By deed sworn before a notary in La Coruña (Spain) on 11 November 1969, the couple adopted a child, Antoni (the first applicant), in accordance with the procedure for full adoption in force under Catalan law. They subsequently adopted a second child.

49. By a codicil dated 3 July 1995, Francesc-Xavier Pla Pujol left the assets he had inherited under his mother's will to his wife (the second applicant) for life, with the remainder to his adopted son, Antoni. Francesc-Xavier Pla Pujol died on 12 November 1996. The codicil was opened on 27 November 1996. The assets in question consisted of real estate.

50. Submitting that, as an adopted child, the first applicant could not inherit under the will made by the testatrix in 1939, two great-grandchildren of hers brought civil proceedings in the *Tribunal des Batlles*, which dismissed their action. The High Court of Justice set the judgment aside on appeal and granted the appellants' claim. An appeal (*empara*) against that judgment was dismissed by the Constitutional Court.

51. With regard to the interpretation of the testamentary disposition, which is at the heart of the dispute, the *Tribunal des Batlles*, which dealt with the case at first instance, analysed the clause grammatically in the light of the historical background and applying Roman law as amended by canon law, which is a source of the general law applicable in Andorra. It concluded that the action should be dismissed. The court added that no foreign legislation, case-law or legal theory was applicable in the Principality. In its view, neither the wording of the clause nor the intention of the testatrix could prevent adopted children from inheriting under the will.

52. On appeal, the High Court of Justice construed the relevant facts and law differently. In the first place, it found that adoption had been practically unheard of in Andorra during the first half of the twentieth century. It concluded from this that it was difficult to reconcile the testatrix's act of creating a family settlement in case the life tenant should die without leaving offspring of a lawful and canonical marriage with an intention to extend the arrangement to adopted children. Similarly, the court observed that the deed of adoption had been drawn up in Spain in

accordance with the Spanish procedure for full adoption. Under the Spanish law applicable at the time, particularly Catalan law (to which the deed of adoption referred), on an intestate succession adopted children could inherit only from their adoptive father or mother and not from the rest of the adoptive parents' family. When examining the testatrix's intention, the court found that both at the time when the will was made in 1939 and on the testatrix's death in 1949 the adopted children of her legitimate son or son of the marriage were outside the family circle from a legal and sociological point of view. The court found that, in order for adopted children to be able to inherit under a Catalan family settlement, there would have to be no doubt as to the testatrix's intention to depart from the usual meaning ascribed to that arrangement. The terms used in the will did not support that conclusion.

53. The Court notes that the Andorran courts gave two different interpretations: the first, given by the *Tribunal des Batlles*, was favourable to the applicants and the second, given by the High Court of Justice, went against them. Both are based on factual and legal elements that were duly evaluated in the light of the particular circumstances of the case.

54. The Court reiterates that Article 14 of the Convention complements the other substantive provisions of the Convention and its Protocols. It has no independent existence since it has effect solely in relation to "the enjoyment of the rights and freedoms" safeguarded by those provisions. Although the application of Article 14 does not presuppose a breach of those provisions – and to this extent it is autonomous – there can be no room for its application unless the facts in 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*, cited above, § 34).

55. The Court has found above that the facts of the case fell within Article 8 of the Convention. Accordingly, Article 14 can apply in conjunction with Article 8.

56. The Court does not consider it appropriate or even necessary to analyse the legal theory behind the principles on which the domestic courts, and in particular the High Court of Justice of Andorra, based their decision to apply one legal system rather than another, be it Roman law, canon law, Catalan law or Spanish law. That is a sphere which, by definition, falls within the competence of the domestic courts.

57. The Court considers that, contrary to the Government's affirmations, no question relating to the testatrix's free will is in issue in the present case. Only the interpretation of the testamentary disposition falls to be considered. The Court's task is therefore confined to determining whether, in the circumstances of the case, the first applicant was a victim of discrimination contrary to Article 14 of the Convention.

58. In the present case, the Court observes that the legitimate and canonical nature of the marriage contracted by the first applicant's father is indisputable. The sole remaining question is therefore whether the notion of "son" in Carolina Pujol Oller's will extended only, as the High Court of Justice maintained, to biological sons. The Court cannot agree with that conclusion of the Andorran appellate court. There is nothing in the will to suggest that the testatrix intended to exclude adopted grandsons. The Court understands that she could have done so but, as she did not, the only possible and logical conclusion is that this was not her intention.

The High Court of Justice's interpretation of the testamentary disposition, which consisted in inferring a negative intention on the part of the testatrix and concluding that since she did not expressly state that she was not excluding adopted sons this meant that she did intend to exclude them, appears over contrived and contrary to the general legal principle that where a statement is unambiguous there is no need to examine the intention of the person who made it (*quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis questio*).

59. Admittedly, the Court is not in theory required to settle disputes of a purely private nature. That being said, in exercising the European supervision incumbent on it, it cannot remain passive where a national court's interpretation of a legal act, be it a testamentary disposition, a private contract, a public document, a statutory provision or an administrative practice appears unreasonable, arbitrary or, as in the present case, blatantly inconsistent with the prohibition of discrimination established by Article 14 and more broadly with the principles underlying the Convention (see *Larkos v. Cyprus* [GC], no. 29515/95, §§ 30-31, ECHR 1999-1).

60. In the present case, the High Court of Justice's interpretation of the testamentary disposition in question had the effect of depriving the first applicant of his right to inherit under his grandmother's estate and benefiting his cousin's daughters in this regard. Furthermore, the setting aside of the codicil of 3 July 1995 also resulted in the second applicant losing her right to the life tenancy of the estate assets left her by her late husband.

Since the testamentary disposition, as worded by Carolina Pujol Oller, made no distinction between biological and adopted children it was not necessary to interpret it in that way. Such an interpretation therefore amounts to the judicial deprivation of an adopted child's inheritance rights.

61. The Court reiterates that a distinction is discriminatory for the purposes of Article 14 if it has no objective and reasonable justification, that is if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a "reasonable relationship of proportionality between the means employed

and the aim sought to be realised” (see, *inter alia*, *Fretté v. France*, no. 36515/97, § 34, ECHR 2002-I). In the present case, the Court does not discern any legitimate aim pursued by the decision in question or any objective and reasonable justification on which the distinction made by the domestic court might be based. In the Court’s view, where a child is adopted (under the full adoption procedure, moreover), the child is in the same legal position as a biological child of his or her parents in all respects: relations and consequences connected with his or her family life and the resulting property rights. The Court has stated on many occasions that very weighty reasons need to be put forward before a difference in treatment on the ground of birth out of wedlock can be regarded as compatible with the Convention.

Furthermore, there is nothing to suggest that reasons of public policy required the degree of protection afforded by the Andorran appellate court to the appellants to prevail over that afforded to the first applicant.

62. The Court reiterates that the Convention, which is a dynamic text and entails positive obligations for States, is a living instrument, to be interpreted in the light of present-day conditions and that great importance is attached today in the member States of the Council of Europe to the question of equality between children born in and children born out of wedlock as regards their civil rights (see *Mazurek*, cited above, § 30). Thus, even supposing that the testamentary disposition in question did require an interpretation by the domestic courts, that interpretation could not be made exclusively in the light of the social conditions existing when the will was made or at the time of the testatrix’s death, namely in 1939 and 1949, particularly where a period of fifty-seven years had elapsed between the date when the will was made and the date on which the estate passed to the heirs. Where such a long period has elapsed, during which profound social, economic and legal changes have occurred, the courts cannot ignore these new realities. The same is true with regard to wills: any interpretation, if interpretation there must be, should endeavour to ascertain the testator’s intention and render the will effective, while bearing in mind that “the testator cannot be presumed to have meant what he did not say” and without overlooking the importance of interpreting the testamentary disposition in the manner that most closely corresponds to domestic law and to the Convention as interpreted in the Court’s case-law.

63. Having regard to the foregoing, the Court considers that there has been a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8.

64. In the light of the conclusion set out in the previous paragraph, the Court is of the opinion that there is no need to examine the application separately under Article 8 of the Convention taken alone.

III. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

65. Article 41 of the Convention provides:

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

A. Pecuniary and non-pecuniary damage

66. The applicants submitted, firstly, that just satisfaction should take the form of setting aside the High Court of Justice’s judgment, upholding the judgment of the *Tribunal des Batlles* and reinstating the first applicant as life tenant of the estate of his grandmother, Carolina Pujol Oller. Should that not be possible, they submitted that their pecuniary loss corresponded to the value of the assets in Carolina Pujol Oller’s estate, which consisted of the following real property in the Principality of Andorra: the Hort de la Canalcta, the Hort d’ensucaranes, the Rec Vell de l’Obach, the Hôtel Pla and the Boïgues del Pla. According to an expert valuation dated 10 May 2001, the property was estimated to be worth 127,625,000 pesetas (767,042 euros (EUR)). In their last pleadings submitted at the hearing before the Court, the applicants submitted that, according to a recent expert valuation, the pecuniary damage amounted to EUR 1,195,913.

67. In respect of non-pecuniary damage, having regard to the health problems they had suffered – particularly the second applicant who was now 80 years old – and in view of the various proceedings brought before the Andorran courts, the applicants assessed the non-pecuniary damage sustained by the first applicant at EUR 120,000 and that sustained by the second applicant, who was his mother and supervisor, at EUR 30,000.

68. The Government, for their part, maintained that these claims were manifestly excessive. They submitted that since, under Andorran law, the first applicant’s father could have kept for himself half the assets inherited from his mother, the Government were liable for only half the value of the estate in question, this being the assets that had to be transferred to the first applicant. They did not accept the applicants’ valuation of the assets. According to their expert’s valuation, the Hôtel Pla was worth EUR 661,885. The aggregate value of the other property (land) was EUR 89,281. In all, the Pla family’s fortune had to be estimated at a maximum of EUR 751,166, to be reduced by one half: one quarter being the reserved portion of the estate and a further quarter being the amount of which the life tenant (the first applicant’s father) could freely dispose. With regard to non-pecuniary damage, the Govern-

ment submitted that the finding of a violation would constitute in itself adequate just satisfaction.

B. Costs and expenses

69. In respect of the costs and expenses relating to their legal representation, the applicants claimed the reimbursement of EUR 76,460. They provided the following supporting documents:

(i) EUR 30,094 for fees incurred in the proceedings at first instance (supporting invoice dated 26 October 1999);

(ii) EUR 14,320 for fees incurred in the proceedings before the High Court of Justice (supporting invoice dated 10 May 2000);

(iii) EUR 7,611 for fees incurred before the Constitutional Court (supporting invoice dated 30 November 2000);

(iv) EUR 967 for fees paid to the solicitor in the domestic proceedings (supporting invoices dated 2 November 1999 and 10 November 2000);

(v) EUR 9,916 for fees incurred in opposing enforcement of the High Court of Justice's judgment of 18 May 2000 (supporting invoice);

(vi) EUR 1,171 for fees incurred in having Carolina Pujol Oller's estate valued (supporting invoice dated 10 May 2001);

(vii) EUR 12,378 for fees incurred in the proceedings before the Court (supporting invoices itemising the costs of defending the applicants before the Court).

70. The Government considered that the amounts claimed by the applicants under this head were exorbitant. In their submission, the costs incurred in the domestic courts should not be taken into consideration.

71. Having regard to the foregoing, the Government requested the Court not to rule at this stage on the question of the application of Article 41 of the Convention, which, in their opinion, was not ready for decision.

72. In the circumstances of the case, the Court considers that the question of the application of Article 41 of the Convention is not ready for decision. Consequently, it must be reserved and the subsequent procedure fixed taking due account of the possibility of an agreement between the respondent State and the applicants (Rule 75 § 1). The Court allows the parties six months in which to reach such agreement.

FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Holds* unanimously that the Government's objection must be dismissed;
2. *Holds* by five votes to two that there has been a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8;

3. *Holds* unanimously that it is not necessary to examine the application separately under Article 8 of the Convention taken alone;
4. *Holds* unanimously that the question of the application of Article 41 is not ready for decision; accordingly,
 - (a) *reserves* the whole of the said question;
 - (b) *invites* the Government and the applicants to inform it within six months of any agreement they might reach;
 - (c) *reserves* the subsequent procedure and *delegates* to the President of the Chamber power to fix the same if need be.

Done in French and English, and notified in writing on 13 July 2004, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Michael O'BOYLE
Registrar

Nicolas BRATZA
President

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

- (a) partly dissenting opinion of Sir Nicolas Bratza;
- (b) dissenting opinion of Mr Garlicki.

N.B.
M.O'B.

PARTLY DISSENTING OPINION
OF JUDGE Sir Nicolas BRATZA

1. While I share the view of the majority of the Chamber that the applicants' claim falls within the ambit of Article 8 of the Convention and that Article 14 is accordingly applicable, I am unable to agree with the majority's conclusion that there has been a violation of the two Articles taken in conjunction.

2. As is noted in the judgment, the present case is of an entirely different character from those previously examined by the Court involving allegations of discriminatory treatment in the field of succession and inheritance. In each of the earlier cases, it was the domestic legislation itself which gave rise to the difference of treatment of which complaint was made under the Convention, distinguishing as it did between the rights of succession of legitimate and illegitimate children (see *Marckx v. Belgium*, judgment of 13 June 1979, Series A no. 31, p. 24, § 54; *Vermeire v. Belgium*, judgment of 29 November 1991, Series A no. 214-C, p. 83, § 28; and *Inze v. Austria*, judgment of 28 October 1987, Series A no. 126, p. 18, § 40) or between children born of an adulterous relationship and other children, whether legitimate or not (see *Mazurek v. France*, no. 34406/97, § 43, ECHR 2000-II). In the present case, no such complaint is made or could be made against Andorra, discrimination on grounds of birth being expressly prohibited by both the Andorran Constitution and the special law on adoption.

3. It is also important to observe that, although the applicants complain of the decisions of the High Court of Justice and the Constitutional Court of Andorra, it is not asserted that the decisions directly interfered with the applicants' Article 8 rights or subjected the first applicant to discriminatory treatment in the enjoyment of his family life by creating distinctions between the biological and adopted members of his family. As appears from the terms of its judgment, in upholding the appeals of the Serra Areny sisters and finding that, as an adopted child of the life tenant under the will of Carolina Pujol Oller, the first applicant was excluded from inheriting under the will, the High Court of Justice of Andorra sought to give effect to the intention of the testatrix herself in the exercise of her right to dispose of her property on her death. The circumstances of the present case are in this respect quite different from those which have frequently been examined by the Court, in particular under Article 10 of the Convention, in which it was the decisions of the domestic courts themselves which had restricted, penalised or otherwise interfered with the exercise of the Convention right in question and which required to be justified.

4. The fact that, under the Convention, the legislative or judicial organs of the State are precluded from discriminating between individuals (by, for instance, creating distinctions based on biological or adoptive links between children and parents in the enjoyment of inheritance rights) does not mean that private individuals are similarly precluded from discriminating by drawing such distinctions when disposing of their property. It must in principle be open to a testator, in the exercise of his or her right of property, to choose to whom to leave the property and, by the terms of the will, to differentiate between potential heirs, by (*inter alia*) distinguishing between biological and adoptive children and grandchildren. As pointed out in the opinion of Judge Garlicki, the testator's right of choice finds protection under the Convention, namely in Article 8 and in Article 1 of Protocol No. 1. The State must in principle give effect, through its judicial organs, to such private testamentary disposition and cannot be held to be in breach of its Convention obligations (including its obligations under Article 14) by doing so, save in exceptional circumstances where the disposition may be said to be repugnant to the fundamental ideals of the Convention or to aim at the destruction of the rights and freedoms set forth therein. This remains true even if there may appear to be no objective and reasonable justification for the distinction made by a testator.

5. In my view, the distinction which was held by the domestic courts to have been intended by the testatrix in the present case between biological and adopted grandchildren cannot be said to be repugnant to the fundamental ideals of the Convention or otherwise destructive of Convention rights and freedoms. Nor do I understand the majority of the Chamber of the Court to suggest to the contrary. It is true that in paragraph 46 of the judgment it is said that an issue of interference with private and family life under the Convention could arise if the national court's assessment of the facts or domestic law were "blatantly inconsistent with the fundamental principles of the Convention" and in paragraph 59 such inconsistency is found to have existed in the national courts' assessment in the present case. However, I do not read this finding as suggesting that the upholding by a national court of a will which distinguishes between biological and adopted children is of itself to be seen as incompatible with Convention principles. The majority's finding is, as I understand it, based rather on the ground that the High Court's interpretation of the will in the present case and its assessment of the intention of the testatrix were clearly wrong and that accordingly it was that court's decision that, as an adopted grandchild, the first applicant was excluded from inheriting the estate which itself gave rise to a violation of Article 14.

6. The central question thus raised is whether the manner in which the domestic courts interpreted the will of the testatrix or applied the principles of domestic law was such as to permit such a finding. The

majority of the Chamber have reiterated in paragraph 46 of the judgment the principles established by the Court's jurisprudence concerning the interpretation and application of domestic law: it is in the first place for the national authorities, and in particular the national courts, to construe and apply domestic law. I would agree with the majority that this principle applies *a fortiori* when the national courts are concerned with resolving disputes between private individuals or interpreting a private testamentary disposition, such courts being better placed than an international court to evaluate, in the light of local legal traditions, the particular context of the legal dispute and the competing rights and interests involved.

This being so, an issue would in my view only arise under the Convention if the Court were satisfied that the interpretation of the will or of the relevant principles of domestic law by the national courts was, to use the terms of the judgment, “manifestly unreasonable or arbitrary”.

7. Thus far, I am in agreement with the majority's approach. Where I strongly disagree is as to the majority's application of these principles when examining the judgments of the national courts. Far from assessing the judgments according to these strict standards, the majority have to my mind substituted their own view of the proper interpretation of the will for that of the High Court of Justice of Andorra, preferring the construction placed on the will by the *Tribunal des Batlles*. While I can readily accept that one might prefer both the reasoning and the result reached by the first-instance court, I cannot accept that the decision of the appeal court may be characterised as either arbitrary or manifestly unreasonable.

8. I note at the outset that there was no real divergence between the *Tribunal des Batlles* and the High Court of Justice as to the appropriate date for the purposes of interpreting the testamentary disposition. Both agreed that the testatrix's intention had to be construed essentially in the light of the legal status of adopted children in the social and family conditions that obtained in 1939 when the will was drafted. The difference of opinion centred rather on the meaning to be ascribed to the clause “son of a legitimate and canonical marriage”.

9. As noted in the judgment, the *Tribunal des Batlles* analysed the clause grammatically in the light of the historical background and applying Roman law as amended by canon law, being a source of the general law applicable in Andorra. In its view, it could not be said that, by inserting the clause, the testatrix had intended to prevent adopted or non-biological children from inheriting her estate; had this been her intention, she would have made express provision for it.

10. On appeal, the High Court of Justice construed both the relevant facts and law differently. As appears from the judgment, it found that adoption had been practically unheard of in Andorra during the first half of the twentieth century. It concluded from this that it was difficult to

reconcile the testatrix's act of creating a family settlement in case the life tenant should die without leaving offspring of a lawful and canonical marriage with an intention to extend the arrangement to adopted children, since adoption was not an established institution in the Principality at the time. Similarly, the court observed that the deed of adoption had been drawn up in Spain in accordance with the Spanish procedure for full adoption. Under the Spanish law applicable at the time, particularly Catalan law (to which the deed of adoption referred), on an intestate succession adopted children could inherit only from their adoptive father or mother and not from the rest of the adoptive parents' family. When examining the testatrix's intention, the court found that both at the time when the will was made in 1939 and on the testatrix's death in 1949 the adopted children of her legitimate son or son of the marriage were outside the family circle from a legal and sociological point of view. The purpose of a family settlement *si sine liberis decesserit* under Catalan law was, in the view of the court, to keep the family estate in the legitimate or married family and Catalan legal tradition had always favoured the exclusion of adopted children from such family settlements. The court thus found that, in order for adopted children to be able to inherit under a Catalan family settlement, there would have to be no doubt as to the testatrix's intention to depart from the usual meaning ascribed to that arrangement. The terms used in the will did not support that conclusion.

11. The majority of the Court, while finding it neither appropriate nor necessary to analyse the legal theory behind the decision of the High Court to apply one legal system rather than another, be it Roman, canon, Catalan or Spanish law (see paragraph 56 of the judgment), reject that court's conclusion that the clause in the will referred only to biological "sons". It is said that "there is nothing in the will to suggest that the testatrix intended to exclude adopted grandsons" and that, as it was open to her to have done so, "the only possible and logical conclusion is that this was not her intention" (see paragraph 58). The judgment goes on to state that the High Court's interpretation of the will, by which it inferred a negative intention on the part of the testatrix, "appears over contrived and contrary to the general legal principle that where a statement is unambiguous there is no need to examine the intention of the person who made it" (*ibid.*).

12. In my view, this analysis does not do justice to the reasoning of the High Court, which examined the meaning to be attributed to the disputed clause in the will in the light of the surrounding circumstances, both factual and legal, at the time of the disposition. Whether or not that reasoning is convincing and whether or not the view of the *Tribunal des Balleis* is to be preferred, I am quite unable to conclude, as the majority do, that the High Court's decision was unreasonable, arbitrary or

“blatantly inconsistent with the prohibition of discrimination established by Article 14 and more broadly with the principles underlying the Convention” (see paragraph 59 of the judgment). Nor can I accept the majority’s view that because it was “not necessary” to interpret the will to exclude adopted children, “such an interpretation ... amounts to the judicial deprivation of an adopted child’s inheritance rights” (see paragraph 60).

13. The majority go on to assert that, even if the will required interpretation, it should not have been interpreted exclusively in the light of the social conditions existing at the time when the will was made or when the testatrix died; any such interpretation should have taken account of the profound social, economic and legal changes which had occurred in the succeeding period of fifty-seven years. In particular, it is suggested that any interpretation should not have overlooked “the importance of interpreting the testamentary disposition in the manner that most closely corresponds to domestic law and to the Convention as interpreted in the Court’s case-law” (see paragraph 62 of the judgment).

14. As to this argument, I consider that if it was open to the domestic courts, as I believe it was, to endeavour to ascertain the intention of the testatrix in using the disputed clause, it was also in principle open to them to interpret the clause in the light of the social and legal conditions which prevailed at the time when the will was drafted, rather than at the time the clause fell to be examined.

15. For these reasons, regrettable as the result of the High Court’s judgment may seem, I am unable to find that the decision gave rise to a violation of the applicants’ rights under Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8.

DISSENTING OPINION OF JUDGE GARLICKI

It is with regret that I have to disagree with the majority.

This case relates to two important principles which determine the scope of the Court's jurisdiction: the principle of subsidiarity and the principle of State action.

In respect of the former, I fully subscribe to the arguments developed by Judge Sir Nicolas Bratza that the interpretation of the will or of the relevant principles of domestic law by the national courts cannot be regarded as arbitrary or manifestly erroneous or unreasonable.

In respect of the latter, it should be noted that the case did not involve any direct interference by the national courts with the applicants' Article 8 rights. The courts were confronted with a will which contained a clause discriminating against adopted children *vis-à-vis* biological children. The courts first determined the correct interpretation of the will and, in accordance with that interpretation, gave effect to it. Thus, the real question before our Court is to what extent the Convention enjoys a "horizontal" effect, that is, an effect prohibiting private parties from taking action which interferes with the rights and liberties of other private parties. Consequently, to what extent is the State under an obligation either to prohibit or to refuse to give effect to such private action?

It seems clear that the authors of the Convention did not intend this instrument to possess a "third-party effect" (see A. Drzemczewski: "The European Human Rights Convention and Relations between Private Parties", *Netherlands International Law Review* 1979, no. 2, p. 168). However, under our case-law it is obvious that there may be certain positive obligations of the State to adopt measures designed to secure respect for Convention rights, even in the sphere of the relations of individuals between themselves (see *X and Y v. the Netherlands*, judgment of 26 March 1985, Series A no. 91, p. 11, § 23). Such "indirect third-party effect" has been addressed by the Court in many different areas, such as the right to life (State obligation to carry out an effective investigation in a case of a murder committed by private persons – see, for example, *Menson v. the United Kingdom*, (dec.), no. 47916/99, ECHR 2003-V), freedom of expression (*Appleby v. the United Kingdom*, no. 44306/98, ECHR 2003-VI, in which the Court indicated that the State may be obliged to adopt "positive measures of protection, even in the sphere of relations between individuals", § 39), freedom of association (*Young, James and Webster v. the United Kingdom*, judgment of 13 August 1981, Series A no. 44, representing the first ruling of this kind), freedom of assembly (*Plattform "Ärzte für das Leben" v. Austria*, judgment of 21 June 1988, Series A no. 139) and, above

all, the protection of private life (see, for example, *Ignaccolo-Zenide v. Romania*, no. 31679/96, ECHR 2000-I, in particular § 113).

Nevertheless, it seems equally obvious that the level of protection against a private action cannot be the same as the level of protection against State action. The very fact that, under the Convention, the State may be prohibited from taking certain action (such as introducing inheritance distinctions between children – see *Marckx v. Belgium*, judgment of 13 June 1979, Series A no. 31; *Vermeire v. Belgium*, judgment of 29 November 1991, Series A no. 214-C; and *Mazurek v. France*, no. 34406/97, ECHR 2000-II) does not mean that private persons are similarly precluded from taking such action. In other words, what is prohibited for the State need not necessarily also be prohibited for individuals. Of course, in many areas such prohibition may appear necessary and well-founded. However, it should not be forgotten that every prohibition of private action (or any refusal to judicially enforce such action), while protecting the rights of some persons, unavoidably restricts the rights of other persons. This is particularly visible in regard to “purely” private-law relations, such as inheritance. The whole idea of a will is to depart from the general system of inheritance, that is, to discriminate between potential heirs. But at the same time, the testator must retain a degree of freedom to dispose of his/her property and this freedom is protected by both Article 8 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 1. Thus, in my opinion, the rule should be that the State must give effect to private testamentary dispositions, save in exceptional circumstances where the disposition may be said to be repugnant to the fundamental ideals of the Convention or to aim at the destruction of the rights and freedoms set forth therein. As in respect of all exceptional circumstances, however, their presence must be clearly demonstrated and cannot be assumed.

No exceptional circumstances of the above-mentioned kind existed in the present case. The testatrix had taken a decision, which was perhaps unjust, but cannot, even by present-day standards, be regarded as repugnant to the fundamental ideals of the Convention or otherwise destructive of Convention rights. Thus, the State was under a duty to respect and give effect to her will and was neither allowed nor expected to substitute its own inheritance criteria for what had been decided in the will. Accordingly, the State cannot be held to be in breach of the Convention by giving effect to this will.

BÄCK v. FINLAND
(Application no. 37598/97)

FOURTH SECTION

JUDGMENT OF 20 JULY 2004¹

1. English original.

SUMMARY¹**Reduction in value of guarantor's claim against principal debtor as a result of debt adjustment****Article 1 of Protocol No. 1**

Peaceful enjoyment of possessions – Reduction in value of guarantor's claim against principal debtor as a result of debt adjustment – Possessions – Claim recognised under domestic law – Interference – Debt adjustment – Public interest – General interest – Transfer of property from one individual to another – Socio-economic policies – Excessive individual burden – Assumption of financial risk – Procedural guarantees – Precarious nature of claim

*
* *

The applicant acted as co-guarantor of a bank loan granted to N. As N. defaulted on the loan, the guarantors each had to pay the bank around 113,000 Finnish markkas (FIM) in 1991. In 1995 N. applied for a debt adjustment under a 1993 Act. The applicant opposed the request. The district court granted the debt adjustment and adopted a payment schedule, as a result of which the applicant's claim was reduced to FIM 2,168. An appeal by the applicant was dismissed and he was refused leave to appeal to the Supreme Court.

Held

Article 1 of Protocol No. 1: The applicant's claim against N. was based on a guarantor's right of recourse under Finnish law and constituted a "possession", and the application of the 1993 Act constituted an interference with the applicant's property rights. While the facts bore resemblance to both deprivation and control of property, the Court considered it appropriate to examine the matter under the general rule of peaceful enjoyment of possessions. As to whether the interference was in the public or general interest, a number of Contracting States had laws providing for debt adjustment and there was no reason to doubt that, at the relevant time, there was an urgent and compelling public interest in affording debtors the possibility of seeking debt adjustment in specific situations. The Court could also accept that there was, in principle, a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim pursued. While a transfer of property for no other reason than to confer a benefit on a private individual could not be in the public interest, compulsory transfer of property from one individual to another could constitute a legitimate means of promoting the public interest, even if the community at large had no direct use or enjoyment of the property transferred. Debt-adjustment legislation clearly served legitimate social and

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

economic policies and was not in itself an infringement of Article 1 of Protocol No. 1. However, it remained to be examined whether in this particular case an excessive burden had been imposed on the applicant. In that respect, it was true that when agreeing to act as guarantor the applicant could not have foreseen the economic recession and the introduction of debt adjustment, and that he had sustained significant damage in financial terms. However, it was also true that by entering into the guarantee agreement the applicant had assumed a risk of financial loss. Moreover, the proceedings as a whole had provided him with a reasonable opportunity of putting his case. There was no indication that the courts had arbitrarily failed to consider his arguments or that the debt adjustment had been based on arbitrary or unreasonable considerations. With regard to the retroactive effect of the legislation, there were special grounds of sufficient importance to warrant this. Finally, although the reduction in the applicant's nominal claim was striking, the burden imposed by the debt adjustment had been shared by several creditors and, in any event, even before the 1993 Act had been enacted, the "market value" of the claim had been much less than its nominal value. Bearing in mind that N. had not paid off his debt prior to seeking a debt adjustment, the applicant's claim had already been rendered highly precarious for reasons not attributable to the State under the Convention. In those circumstances, the burden imposed on the applicant could not be regarded as excessive.

Conclusion: no violation (unanimously).

Case-law cited by the Court

James and Others v. the United Kingdom, judgment of 21 February 1986, Series A no. 98
Mellacher and Others v. Austria, judgment of 19 December 1989, Series A no. 169
Pressos Compania Naviera S.A. and Others v. Belgium, judgment of 20 November 1995, Series A no. 332
The former King of Greece and Others v. Greece [GC], no. 25701/94, ECHR 2000-XII
Jokela v. Finland, no. 28856/95, ECHR 2002-IV

In the case of Bäck v. Finland,

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

Sir Nicolas BRATZA, *President*,

Mr M. PELLONPÄÄ,

Mrs V. STRÁŽNICKÁ,

Mr R. MARUSTE,

Mr S. PAVLOVSKI,

Mr L. GARLICKI,

Mr J. BORRERO BORRERO, *judges*,

and Mrs F. ELEN-PASSOS, *Deputy Section Registrar*,

Having deliberated in private on 1 July 2003 and 29 June 2004,

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

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 37598/97) against the Republic of Finland 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 Finnish national, Mr Tomas Bäck (“the applicant”), on 10 July 1997.

2. The applicant, who had been granted legal aid, was represented by Mr C. Näsman, a lawyer practising in Vasa. The Finnish Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr A. Kosonen, Director at the Ministry of Foreign Affairs.

3. The applicant alleged a violation of his property rights under Article 1 of Protocol No. 1 on account of the almost total extinction – through a debt adjustment – of a claim he had had against another individual.

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

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

6. On 1 November 2001 the Court changed the composition of its Sections (Rule 25 § 1). This case was assigned to the newly composed Fourth Section (Rule 52 § 1).

7. By a decision of 22 October 2002, the Chamber declared the application partly admissible.

8. The applicant and the Government each filed observations on the merits (Rule 59 § 1) and replied to those of the other party.

9. On 25 March 2003 the Court decided to hold a hearing on the merits (Rule 54 § 3).

10. In April 2003 third-party comments were received from the Governments of the Netherlands, Norway, Sweden and the United Kingdom, which had been given leave by the President to intervene in the written procedure (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 2). The parties replied to those comments (Rule 44 § 5). The third-party comments are summarised below.

11. The hearing on the merits took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 1 July 2003 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mr A. KOSONEN, Director, Ministry of Foreign Affairs, *Agent,*
Mr J. HEISKANEN, Special Adviser, Ministry of Justice, *Adviser;*

(b) *for the applicant*

Mr C. NÄSMAN, member of the Bar, *Counsel.*

The applicant also attended the hearing.

The Court heard addresses by Mr Kosonen and Mr Näsman.

12. Mr L. Garlicki later replaced Mr M. Fischbach, who was unable to take part in the further consideration of the case.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

13. The applicant was born in 1957 and lives in Karperö. In 1988 and 1989 he and another person contracted to guarantee a bank loan granted to N. As N. was eventually unable to meet the reimbursement conditions, the applicant and his co-guarantor each paid the bank approximately 113,000 Finnish markkas (FIM) (approximately 19,000 euros (EUR)), excluding interest, in 1991.

14. In 1995 N. applied for a debt adjustment in accordance with the 1993 Adjustment of Debts (Private Individuals) Act (*laki yksityishenkilön velkajärjestelystä, lag om skuldsanering för privatpersoner 57/1993* – “the 1993 Act”) and proposed a payment schedule for the court’s approval. The applicant opposed the request, arguing that such an adjustment could lead to an unjustified deprivation of his property, consisting of his claim

against N. The applicant argued that N. was young and healthy and could be expected to be able to reimburse his debts to the guarantors in due course. In the alternative, the applicant requested that the adjustment of N.'s debts be postponed.

15. On 19 April 1996, after N. had found employment, the District Court (*käräjäoikeus, tingsrätten*) of Korsholm granted him a debt adjustment and adopted a payment schedule which was to take effect on 1 June 1996 and remain in force for five years. The applicant's claim against N. was reduced to FIM 2,168 (EUR 365). The District Court considered that N.'s solvency had been significantly weakened on account of his previous unemployment and unsuccessful business activities. Given that N. was already able to reimburse FIM 420 (EUR 71) per month to his creditors at the time of the court's examination, it was not possible under the 1993 Act to postpone the entry into force of the payment schedule. The District Court gave the following reasons:

"... With reference to Tomas Bäck's submission, the District Court notes that under the Adjustment of Debts (Private Individuals) Act it is possible to reduce the amount of a claim and even to write a claim off. Considering that a guarantee always involves a risk as to the possible obligation to pay the creditor and the possibility of recourse against the principal debtor, the District Court finds that the claim in question cannot be considered as a possession that would enjoy inviolable protection under the European Convention on Human Rights. ..."

16. Among N.'s seventy other creditors was F. bank, with a claim amounting to FIM 231,722 (EUR 38,973), of which the District Court retained FIM 4,510 (EUR 759) as part of his payment schedule.

17. The applicant appealed, contending that the almost total extinction of his claim against N. violated his property rights under the Convention. No legislation on debt adjustment had existed at the time when the applicant had contracted to guarantee N.'s debts. Furthermore, the extreme step of writing off his claim discriminated against him as a private creditor who, unlike creditor banks, would receive no compensation from the State.

18. On 14 October 1996 the Vasa Court of Appeal (*hovioikeus, hovrätten*) upheld the District Court's decision and its reasoning. The applicant was refused leave to appeal to the Supreme Court (*korkein oikeus, högsta domstolen*) on 19 February 1997.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

19. The 1993 Act was enacted during a recession in the Finnish economy, one of its purposes being to reduce the high volume of unpaid debts owing to banks. The banks received substantial subsidies from the State in compensation. Under the 1993 Act, a court may write off debts on

condition that the debtor agrees to a payment schedule in favour of the creditors determined by the court (section 25). The court assesses the income needed to cover the debtor's essential living expenses and to meet any obligation to pay allowances (sections 4-5). The excess income is to be used to pay off the creditors during a fixed period in amounts determined by the court (section 23).

20. If the debtor fails to comply with the payment schedule or contracts a new debt, the schedule may be annulled, thereby enabling all creditors to claim payment as if no debt adjustment had been granted (section 42). If the debtor's ability to pay or other conditions change significantly while the reimbursement scheme is in force, the debtor must inform the creditors within one month (section 7). Both the debtor and the creditors may seek to have the payment schedule amended, extended or annulled while it remains in force or, in certain circumstances, within five years from the adoption of the schedule (sections 30 and 61). If the payment schedule is amended in favour of the creditors, it may be extended by a period corresponding to the period during which the debtor's ability to pay had improved (section 44).

21. The court may hear submissions from one or several creditors, guarantors and co-debtors before deciding on the request for debt adjustment (section 52). An appeal lies to the relevant appellate court, unless it is specifically prohibited or concerns a procedural matter (section 63).

22. At the material time, the court could obtain, at the request of a creditor, the relevant information on the possible existence of circumstances which could lead to the refusal of an application for debt adjustment. Since 1997 the court can also obtain this information of its own motion.

23. In its parliamentary bill (no. 183/1992), the government noted that an insolvent private individual seldom had enough possessions to repay a creditor, as the bankruptcy costs had priority. Neither could a declaration of bankruptcy eliminate a natural person's future responsibility for his or her debts. Allowing an adjustment of the overall debts and fixing a payment schedule could help the debtor meet his or her future financial obligations, provided he or she complied with that schedule. Such assistance would also reduce the overall cost to society. The courts should seek to adjust a debt in the manner least detrimental to the creditor and only to the extent that such an adjustment was necessary to remedy the debtor's financial situation. Since underlying contractual terms should be interfered with as little as possible, the partial or total extinction of a claim should be considered as a very last resort. The possibility of ordering a payment schedule to remain in force for five years would enable the creditors to receive at least partial satisfaction. It was noted that somewhat similar legislation for debt adjustment had been, or was being, enacted in countries such as Denmark, France, Germany, Norway, Sweden and the United States of America.

24. In 1997 the 1993 Act was amended, *inter alia*, so as to tighten further the conditions for granting a debt adjustment (section 9a and section 10). A further amendment provided for the possibility of extending the payment schedule for a further two years, for exceptional reasons and provided the creditor was also a private individual (section 31a). These amendments were not applicable to the applicant's case.

III. THIRD-PARTY INTERVENTIONS

A. The Netherlands Government

25. The Netherlands Government agreed with the respondent Government's views and drew attention to the Debt Repayment (Natural Persons) Act (*Wet schuldsanering natuurlijke personen*) which came into force in the Netherlands in 1998 and was similar to the Finnish legislation.

26. In their view, declaring that the full or partial repayment of debts was no longer enforceable *ipso jure* at the end of a debt-repayment procedure did not contravene Article 1 of Protocol No. 1. Both the Finnish and Netherlands laws on debt adjustment served the public interest as they were aimed at preventing personal bankruptcy. As a result of bankruptcy, people were frequently discouraged from setting up an income-generating activity, since by so doing they would face claims from old creditors. Bankruptcies also placed a heavy burden on society and creditors did not benefit from having to pursue bankrupt debtors for years on end. Debt-adjustment procedures sought to satisfy all parties concerned by striking a proper balance between their respective interests. This complied with the letter and spirit of Article 1 of Protocol No. 1.

27. They noted, finally, that a guarantor voluntarily took the risk that not all the funds he or she might have to pay to a creditor could be recovered from the debtor. The Convention did not afford protection against such a risk.

B. The Norwegian Government

28. The Norwegian Government joined the respondent Government in arguing that the debt adjustment provided for in the respective States' legislation did not contravene the rights which Article 1 of Protocol No. 1 afforded to creditors.

29. The Norwegian Debt Settlement Act of 1992 (Act relating to Voluntary and Compulsory Debt Settlement for Private Individuals – *gjeldsordningsloven*) contained provisions similar to those found in the Finnish legislation. The Norwegian Act served vital societal goals and struck a balance between competing interests. The primary purpose of the Act was to rehabilitate individuals with serious and permanent debt

problems by affording them an opportunity to regain control over their financial affairs, in the absence of which they easily became dependent on the social welfare system on a permanent basis. In addition, the Act was intended to ensure that debtors would fulfil their obligations as far as possible and that the distribution of a debtor's assets would be organised properly. The position of creditors was not to be weakened any more than strictly necessarily.

C. The Swedish Government

30. The Swedish Government likewise agreed with the arguments of the respondent Government and referred to the Swedish Debt Adjustment Act (*skuldsaneringslagen*) of 1994. This legislation essentially corresponded to the Finnish legislation and was of vital importance to society as it sought to rehabilitate individuals with very large debts, affording them a chance to lead a decent life. The legislation applied to residents in a "qualified" state of insolvency who appeared unable to pay their debts within the foreseeable future. In the longer term, severe insolvency not only created suffering for the individual concerned but also resulted in a loss of production, an increased need for care and treatment, and an expansion of the grey sector of the economy.

31. The debt-adjustment legislation also had a preventive effect, as it lessened the interest of credit institutions and others in lending money without verifying the prospective debtor's solvency. This in turn reduced the risk of individuals facing a serious debt burden.

32. The rehabilitating purpose of the legislation was weighed against the individual creditors' interest in maintaining their claims. Hence a further purpose of the Swedish legislation was to protect the creditors as a group, since the debtor would be paying at least part of his or her debt to each of them. Creditors were thus likely to receive a better dividend on their claims than would otherwise have been the case.

33. By the end of 2002, over 32,000 applications had been lodged and some 12,000 persons had been granted a debt adjustment in Sweden.

34. When the Swedish legislation was being considered (Government Bill 1993/94:123), it was noted that debt adjustment would not amount to a deprivation of property, even though it would limit the creditor's possibility of asserting a claim or even extinguish it. A claim against a debtor in a "qualified" state of insolvency would largely be of a merely formal nature, as the creditor could hardly expect to receive any payment. Through debt adjustment, the creditor could obtain payment of at least part of the claim's nominal value. Against this background, and bearing in mind the significant general interest in favour of debt adjustment, the Swedish Government concluded at the time of enacting the 1994 Act that a scheme to that effect would not contravene Article 1 of Protocol No. 1.

D. The United Kingdom Government

35. The United Kingdom Government considered that even if Article 1 of Protocol No. 1 came into play, any interference with the rights of creditors was justified as regards a bankruptcy system involving the cancellation of debts in whole or in part. Cancellation of debts was a common feature of many bankruptcy schemes in the western world, including that of the United Kingdom. Debtors could get into financial difficulties for reasons which were not of their own making. Bankruptcy schemes were aimed at rehabilitating the debtors, both financially and socially. The absence of these schemes could have adverse social consequences, as the very existence of debts might prevent an individual from carrying on certain activities. If debtors who had failed in business could not be discharged from their debts, this could act as a deterrent to entrepreneurship and responsible risk-taking.

36. Creditors such as the applicant could protect their position by not dealing with a particular debtor; by inquiring into the debtor's financial position; by asking for a security; by taking out an insurance policy; or by obtaining a guarantee from a third party. At any rate, creditors were presumed to be acting in the knowledge of insolvency law and its consequences.

THE LAW

ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 1 OF PROTOCOL No. 1

37. The applicant claimed to be the victim of a breach of Article 1 of Protocol No. 1, which provides:

“Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.”

A. The parties' submissions

1. The applicant

38. The applicant complained under Article 1 of Protocol No. 1 that N.'s debt adjustment had deprived him of his property without compensation and without serving a legitimate aim in the general interest. The adjustment had effectively transferred to N. an amount equal to the appli-

cant's net income per year, thereby placing an unreasonable burden on the latter.

39. Whilst accepting that the interference was lawful, the applicant contended that it was disproportionate to the aim sought to be achieved. As a creditor he had been unable to avail himself effectively of his right to question the fairness of N.'s proposed payment schedule, being unable to obtain information on N.'s financial situation or to hear evidence from him under oath in respect of his debts. Equality of arms had not been ensured and the time available for opposing a request for debt adjustment had been short. Moreover, the duty under section 53 of the 1993 Act to investigate the debtor's financial situation had not been properly fulfilled by the enforcement authorities. Due to the substantial number of debt adjustments at the relevant time, the courts' examination of each request had been extremely summary in nature.

40. As a result of the adjustment, the applicant's claim had been reduced from FIM 118,500 (approximately EUR 20,000) to FIM 2,168.41 (EUR 365). The adoption of N.'s debt-adjustment scheme had therefore practically extinguished a claim on his part, the existence of which had already been confirmed by a court. As a rough guess concerning the market value of his possession before the debt adjustment, the applicant estimated that a transfer of his claim to a debt-collection agency would have yielded 50% of its nominal value.

41. In the applicant's view, it had been contrary to the 1993 Act to grant N. a debt adjustment. N.'s responsibility for his heavy debt burden was his alone and his debts had been only temporary in nature, given his age. Had the applicant's claim not been extinguished, he could have sought payment of N.'s debt in a few years.

42. While accepting, in general, that Article 1 of Protocol No. 1 and the public-interest considerations justified a wide margin of appreciation being granted to the Contracting States, the applicant was opposed to direct property transfers from one citizen to another as in the case of a debt adjustment. Finland's serious recession at the beginning of the 1990s did not justify such direct property transfers. Nor had the debt-adjustment legislation been repealed, even though the country was no longer facing a crisis of that kind. A more appropriate policy for supporting debtors and avoiding serious social consequences would be in the form of a State allowance. If, as the Government argued, debt adjustment sought to alleviate and prevent social problems, the State should at least abandon its fiscal claims against debtors. In the payment schedule adopted for N., the county tax authority was to receive over FIM 3,000 (EUR 505) on a claim with a book-value of FIM 155,000 (EUR 26,069). Thus, through the almost total extinction of his own claim, the applicant had indirectly had to contribute to securing N.'s payment of a fiscal claim.

43. The applicant argued, moreover, that while the adjustment of N.'s debts may have saved him from "social misery", at the same time similar misery was created for creditors. The interference with the applicant's property rights had placed too heavy a burden on him in comparison with N. The applicant contested the Government's assertion that through the debt adjustment he had been ensured the reimbursement of an amount higher than that which he could have hoped to receive without such an adjustment. The amount which the applicant had been required to reimburse as co-guarantor of N.'s loan had amounted to roughly the applicant's annual salary. Whereas the applicant had been obliged to pay off for fifteen years the loan he had been forced to take out in order to reimburse half N.'s loan, N.'s responsibility for paying his court-reduced debts had been limited to a period of only five years. At the time, however, it had been estimated that N. would have thirty-one years left in which to work before retiring.

2. *The Government*

44. The Government recognised that the impugned measures constituted an interference with the applicant's right to the peaceful enjoyment of his possessions or, in the alternative, amounted to a deprivation of his property and thus fell to be considered under the second sentence of the first paragraph of Article 1 of Protocol No. 1. It was their view, however, that this provision had not been violated.

45. The Government noted that the adjustment of N.'s debt to the applicant had been granted pursuant to the 1993 Act, which constituted a law within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1 that was adequately accessible and sufficiently precise. The aim of the 1993 Act was to ensure that an individual with financial difficulties would be able to improve his or her financial situation, thereby preventing the negative effects of insolvency on society as a whole, such as social exclusion, health and social problems and an expanding grey sector of the economy.

46. They explained that the large number of debt-adjustment cases at the relevant time had largely resulted from the unfavourable economic climate of the 1990s and the increase in borrowing by households and companies in previous years. The extensive marketing of credits, favourable economic developments and the general expectations of economic growth had encouraged some households to take out loans without sufficient guarantees of being able to repay them, and the credit institutions had not been sufficiently interested in verifying the solvency of debtors. A sudden and strong increase in unemployment, a reduction in the net income of households, a significant rise in interest levels and a strong decrease in house prices had created strong social and political pressure to establish a system under which unreasonable debt burdens on private

individuals could be resolved. As the debt problems of private individuals were prevented or resolved through debt adjustment, there was less need for the unfruitful use of the court system and enforcement authorities. The need for social assistance was also reduced.

47. The Government pointed out further that debt adjustments were implemented in accordance with a payment schedule fixed for several years, taking into account the *de facto* solvency of the debtor. That way, the debtor was afforded a way out of a hopeless debt situation and was able to plan his or her future in a sensible and realistic manner. The improvement of the debtor's financial situation also ensured that the creditors' claims were reimbursed to the fullest extent possible, albeit with a longer payment schedule. An arrangement which ensured a debtor's present and future capacity for earning an income also served the interests of creditors. Where a debtor failed to pursue actively the reimbursement of debts, due to financial difficulties which he or she found insurmountable, the creditors usually did not receive any payments. When account was taken of the debtor's *de facto* ability to repay his or her debts, the creditors could expect to have at least part of their claims satisfied. As a result of the assessment of the debtor's solvency, the creditors also avoided the useless and costly measures of recovering debts.

48. The Government concluded that the 1993 Act, which sought to ensure a balance between the interests of the parties concerned, undoubtedly served a legitimate "public interest" for the purposes of Article 1 of Protocol No. 1, even to the extent that it might imply the transfer of property from one individual to another. Debt-adjustment legislation was also common in other member States of the Council of Europe.

49. The Government submitted further that the interference with the applicant's property rights was in proportion to the legitimate aim sought to be realised. The issue of the proportionality of the 1993 Act had been discussed at length in the Standing Constitutional Law Committee of Parliament as well as in its Standing Legal Affairs Committee. They had emphasised the need to give due consideration to the protection of property provided for in the 1919 Constitution, meaning above all that the weakening of the creditors' position, although inevitable, should not lead to unreasonable results. It was noted that a private individual was not released from his or her liability to reimburse a debt even when declared bankrupt. The effects of debt adjustment on the position of creditors therefore had to be assessed in the light of their ability to obtain payment from the debtor's future income and assets. As the debt would be reduced and the debtor freed from his or her liability to reimburse a debt only where debt adjustment by other means was not possible, such an adjustment would not in reality weaken the position of creditors.

50. The Government emphasised that, in the present case, N.'s total debt had amounted to FIM 1,391,375 (EUR 234,012) of which the

applicant's share had been approximately FIM 113,000 (approximately EUR 19,000). In drawing up the payment schedule, it had been calculated that N. could afford to reimburse a total of approximately FIM 420 (EUR 71) per month. On the expiry of the five-year payment schedule, the applicant would have received a total of FIM 2,160 (EUR 363) from N. It was highly unlikely that N. would ever have reimbursed his whole debt to the applicant in the absence of a debt adjustment; on the contrary, the latter would not even have received the amount fixed by that adjustment. Furthermore, as there was in practice no market for individual claims against insolvent persons, there was no reasonable basis for believing that the applicant would, in the absence of the debt adjustment, have been able to sell his claim for a sum exceeding the sum he had received through the debt adjustment.

51. The Government pointed out that a distinction had to be made between the nominal value of a claim, on the one hand, and the real value of such a claim, on the other. The latter depended crucially on the prospect of recovering the amount, that is, on the actual credit risk. In the present case, the applicant's claim had been unsecured. Moreover, as a guarantor, the applicant had taken on a special role in that he had specifically assumed the risk of the debtor's insolvency.

B. The Court's assessment

1. General principles

52. The Court reiterates that Article 1 of Protocol No. 1 comprises three distinct rules. The first rule, set out in the first sentence of the first paragraph, is of a general nature and enunciates the principle of peaceful enjoyment of property. The second rule, contained in the second sentence of the same paragraph, covers deprivation of possessions and makes it subject to certain conditions. The third rule, stated in the second paragraph, recognises that Contracting States are entitled, among other things, to control the use of property in accordance with the general interest. 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. Both forms of interference defined must comply with the principle of lawfulness and pursue a legitimate aim by means reasonably proportionate to the aim sought to be realised (see *Jokela v. Finland*, no. 28856/95, §§ 44 and 48, ECHR 2002-IV).

53. The notion of "public interest" is necessarily extensive. In particular, the decision to enact property laws will commonly involve consideration of political, economic and social issues. The taking of property

in pursuance of legitimate social, economic or other policies may be in the public interest even if the community at large has no direct use or enjoyment of the property. The national authorities are in principle better placed than the international judge to appreciate what is “in the public interest”. The Court, finding it natural that the margin of appreciation available to the legislature in implementing social and economic policies should be a wide one, will respect the legislature’s judgment as to what is “in the public interest” unless that judgment is manifestly without reasonable foundation (see *The former King of Greece and Others v. Greece* [GC], no. 25701/94, § 87, ECHR 2000-XII, and *James and Others v. the United Kingdom*, judgment of 21 February 1986, Series A no. 98, pp. 31-32, §§ 45-46).

54. The possible existence of alternative solutions does not in itself render the contested legislation unjustified. Provided that the legislature remains within the bounds of its margin of appreciation, it is not for the Court to say whether the legislation represented the best solution for dealing with the problem or whether the legislative discretion should have been exercised in another way (see *James and Others*, cited above, p. 35, § 51).

55. An interference with peaceful enjoyment of possessions must nevertheless strike a “fair balance” between the demands of the public or general interest of the community and the requirements of the protection of the individual’s fundamental rights. The concern to achieve this balance is reflected in the structure of Article 1 as a whole, which is to be read in the light of the general principle enunciated in the first sentence. In particular, there must be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised by any measure depriving a person of his possessions or controlling their use. Compensation terms under the relevant legislation are material to the assessment of whether the contested measure respects the requisite fair balance and, notably, whether it imposes a disproportionate burden on the applicant (see *The former King of Greece and Others*, cited above, § 89).

56. Although Article 1 of Protocol No. 1 contains no explicit procedural requirements, the proceedings in issue must also afford the individual a reasonable opportunity of putting his or her case to the responsible authorities for the purpose of effectively challenging the measures interfering with the rights guaranteed by this provision. In ascertaining whether this condition has been satisfied, a comprehensive view must be taken of the applicable procedures (see *Jokela*, cited above, § 45).

2. *Application in the present case*

57. It is common ground that the applicant’s claim constituted a “possession” within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1. It is likewise undisputed that the 1993 Act interfered with the applicant’s

property rights. The Court notes that under Finnish law the applicant's claim against N. was based on the right of recourse he had against N. by virtue of having reimbursed part of his debts. The Court is satisfied that the applicant's claim therefore constituted a "possession" within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1 (see, for example, *Pressos Compania Naviera S.A. and Others v. Belgium*, judgment of 20 November 1995, Series A no. 332, p. 21, §§ 30-31). Likewise, the Court sees no reason to differ in so far as the parties consider that the application of the 1993 Act constituted an interference with the applicant's property rights.

58. The Court observes that the adjustment of N.'s debts under the 1993 Act almost extinguished the applicant's claim. The facts of this case bear resemblance both to deprivation and to control of property, but they cannot easily be classified as a matter to be examined solely under the second or the third rule contained in Article 1 of Protocol No. 1. Moreover, the situations envisaged in the second sentence of the first paragraph of Article 1 and in its second paragraph are only particular instances of interference with the right to peaceful enjoyment of property as guaranteed by the general rule set forth in the first sentence of the first paragraph. The Court will therefore examine whether the alleged interference with the applicant's property rights was compatible with the general rule in the first sentence of the first paragraph of Article 1.

59. Turning to the question whether the interference with the applicant's property rights could be considered justified by a public or general interest, the Court notes that a legislative framework for permitting the adjustment of private individuals' debts on certain conditions has been put in place in a number of Contracting States. It has no reason to doubt the Finnish legislature's judgment that there was, at the relevant time, an urgent and compelling public interest in affording debtors the possibility of seeking a debt adjustment in certain circumscribed situations. The Court can likewise accept that there was, in principle, a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised.

60. The Court agrees with the applicant that a transfer of property effected for no reason other than to confer a benefit on a private party cannot be "in the public interest". Nonetheless, it is settled case-law that the compulsory transfer of property from one individual to another may, depending upon the circumstances, constitute a legitimate means of promoting the public interest. Thus, a transfer of property effected in pursuance of legitimate social, economic or other policies may be "in the public interest", even if the community at large has no direct use or enjoyment of the property transferred (see *James and Others*, cited above, pp. 30-32, § 40-45). The debt-adjustment legislation clearly serves legitimate social and economic policies and is not *ipso facto* an infringement of Article 1 of Protocol No. 1.

61. The Court must, however, also satisfy itself that the application of the 1993 Act in the case before it did not impose an excessive burden on the applicant.

62. It is true that at the time when the applicant agreed to guarantee N.'s loan he could not foresee the economic recession and the subsequent legislation allowing for the adjustment of N.'s debts. The detriment which this adjustment caused to the applicant was no doubt significant in financial terms. It is equally true, however, that when guaranteeing N.'s loan the applicant had to assess the risk that N. would fail to comply with his payment obligation. He also had to consider the possibility that N. might be declared bankrupt, in which case his claim against N. would most likely become worthless. The fact that in the case of a bankruptcy the applicant's claims would have remained legally valid and enforceable at a later stage does not alter the fact that by entering into the guarantee agreement the applicant accepted a risk of financial loss.

63. The Court would not exclude the possibility that the court-ordered irrevocable extinction of a debt, as opposed to the scheduling of payments of a debt over a longer period of time or the bankruptcy of a private individual, could in some circumstances result in the placing of an excessive burden on a creditor. The question whether such a burden was placed on the applicant also depends on whether the procedure applied provided him with a fair possibility of defending his interests as one of some seventy creditors.

64. In this connection, the Court notes that submissions from the applicant were heard by the District Court and he was thus able to put forward his views on N.'s request for a debt adjustment and the proposed payment scheme. The Court is satisfied that the District Court carried out a thorough and careful assessment of the case and finds no indication of any arbitrariness in the conclusions reached. The applicant was further entitled to a full review by an appellate court as regards both the decision to grant the debt adjustment and the details of the adopted payment scheme. Finally, the applicant was able to seek leave to appeal to the Supreme Court.

65. The Court further notes that N.'s payment schedule and the resultant virtual extinction of the applicant's claim did not acquire legal force when the court proceedings ended in February 1997. Until the payment schedule ceased to be in force on 1 June 2001, the applicant could have sought to have it extended or to have the payments to himself increased if he considered, for instance, that N.'s ability to pay had improved significantly.

66. Admittedly, the applicant had no way of verifying that the information provided by N. in his application for a debt adjustment, or later on, was correct. This can nevertheless be considered to have been

offset by the fact that N. was under an obligation to give accurate information, that obligation being subject to criminal sanctions.

67. The Court finds no indication that the domestic courts arbitrarily failed to consider the arguments put forward by the applicant or that the adjustment of N.'s debts and the fixing of his payment schedule were based on arbitrary or unreasonable considerations. Thus, the proceedings viewed as a whole afforded him a reasonable opportunity of putting his case to the competent authorities with a view to establishing a fair balance between the conflicting interests at stake.

68. Turning to the retroactive effect of the 1993 Act, the Court notes that neither the Convention nor its Protocols preclude the legislature from interfering with existing contracts (see *Mellacher and Others v. Austria*, judgment of 19 December 1989, Series A no. 169, p. 27, § 50). The Court considers that a special justification is required for such interference, but accepts that in the context of the 1993 Act there were special grounds of sufficient importance to warrant it. The Court observes that in remedial social legislation and in particular in the field of debt adjustment, which is the subject of the present case, it must be open to the legislature to take measures affecting the further execution of previously concluded contracts in order to attain the aim of the policy adopted. Furthermore, other Council of Europe member States such as Norway and Sweden have introduced legislation allowing for the adjustment of debts contracted prior to its entry into force.

69. It is undoubtedly true that the reduction in the applicant's nominal claim is striking in its amount. However, the burden imposed by N.'s debt adjustment was shared by several creditors, the applicant's nominal claim representing merely 8.4% of the total amount of the claims. Moreover, it is obvious that, even before the 1993 Act was passed, the "market value", if any, of the applicant's claim, that is, the amount which anyone willing to buy the claim would have been ready to pay for it, was much less than its nominal value.

70. Bearing in mind also that by 1995, when N.'s state of insolvency led him to seek a debt adjustment, he had effectively not repaid his debt during those four years, apart from the sum of FIM 2,964 (EUR 499) which he had paid by September 1992, the Court concludes that the applicant's claim had already been rendered highly precarious before the debt adjustment for reasons not attributable to the State under the Convention. In these circumstances, the burden imposed on the applicant by the 1993 Act cannot be regarded as excessive.

71. Accordingly, there has been no violation of Article 1 of Protocol No. 1.

FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

Holds that there has been no violation of Article 1 of Protocol No. 1.

Done in English, and notified in writing on 20 July 2004, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Françoise ELEN-PASSOS
Deputy Registrar

Nicolas BRATZA
President

BÄCK c. FINLANDE
(*Requête n° 37598/97*)

QUATRIÈME SECTION

ARRÊT DU 20 JUILLET 2004¹

1. Traduction; original anglais.

SOMMAIRE¹**Baisse de valeur de la créance que détenait une caution envers un débiteur principal, à la suite d'un aménagement de dette****Article 1 du Protocole n° 1**

Droit au respect des biens – Baisse de valeur de la créance que détenait une caution envers un débiteur principal, à la suite d'un aménagement de dette – Biens – Créance reconnue en droit interne – Ingérence – Aménagement de dette – Utilité publique – Intérêt général – Transfert de propriété d'un individu à un autre – Politiques socioéconomiques – Charge individuelle excessive – Acceptation d'un risque financier – Garanties procédurales – Caractère précaire d'une créance

*

* *

Le requérant se porta caution pour un prêt bancaire en faveur de N. En 1991, comme ce dernier ne pouvait faire face à ses engagements, chacune des deux cautions dut verser à la banque quelque 113 000 marks finlandais (FIM). En 1995, N. sollicita un aménagement de sa dette en vertu d'une loi de 1993. Le requérant s'opposa à cette demande. Cependant, le tribunal de district y fit droit et adopta un plan de remboursement, de sorte que le montant de la créance du requérant fut ramené à 2 168 FIM. Ce dernier fut débouté de son appel et se vit refuser l'autorisation de saisir la Cour suprême.

Article 1 du Protocole n° 1 : la créance du requérant envers N. reposait sur la possibilité – reconnue par le droit interne – pour le premier de se retourner contre le second ; par ailleurs, cette créance constituait un « bien », et l'application de la loi de 1993 s'analyse en une atteinte aux droits patrimoniaux de l'intéressé. Si les faits de la cause s'apparentent à la fois à une privation et à une réglementation de la propriété, la Cour estime toutefois qu'il y a lieu d'examiner la question sous l'angle de la règle générale sur le droit au respect des biens. Quant au point de savoir si l'atteinte peut être considérée comme justifiée par un intérêt public ou général, elle observe qu'un certain nombre d'États contractants possèdent une législation permettant l'aménagement de la dette, et elle n'a pas de raison de douter qu'en Finlande il y avait à l'époque un intérêt général pressant et impérieux à donner aux débiteurs la possibilité de solliciter une telle mesure dans certaines situations spécifiques. De même, la Cour admet qu'il y avait, en principe, un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et l'objectif poursuivi. Certes, un transfert de propriété réalisé à seule fin d'octroyer un avantage à un particulier ne saurait s'inspirer de l'utilité publique ; néanmoins, un transfert obligatoire de propriété d'un individu à un

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

autre peut représenter un moyen légitime de favoriser l'intérêt général même si la collectivité dans son ensemble ne se sert ou ne profite pas elle-même du bien dont il s'agit. La législation sur l'aménagement de la dette correspond manifestement à des politiques sociale et économique légitimes et ne constitue pas en soi une atteinte à l'article 1 du Protocole n° 1. Cependant, il faut s'assurer que dans cette affaire particulière le requérant ne s'est pas vu imposer une charge excessive. Il est vrai à cet égard qu'en acceptant de se porter caution il ne pouvait prévoir la récession économique et l'instauration de l'aménagement de la dette, et qu'il a subi un préjudice financier important. Toutefois, il est vrai aussi qu'en s'engageant ainsi il a accepté un risque de perte financière. Par ailleurs, la procédure prise dans son ensemble lui a offert une occasion adéquate d'exposer sa cause. Rien n'indique que les juridictions concernées aient arbitrairement refusé de tenir compte de ses arguments ou que l'aménagement de la dette ait reposé sur des considérations arbitraires ou déraisonnables. Quant au caractère rétroactif de la législation, il était justifié par des motifs particuliers suffisamment importants. Enfin, bien que la baisse accusée par la valeur nominale de la créance litigieuse soit saisissante, la charge qu'a fait peser l'aménagement de la dette s'est trouvée répartie entre divers créanciers; en tout état de cause, la «valeur marchande» de la créance était déjà bien inférieure à sa valeur nominale avant l'adoption de la loi de 1993. Eu égard au fait que N. n'avait pas remboursé sa dette lorsqu'il sollicita un aménagement, la créance du requérant était déjà fort précaire, ce pour des raisons qui au regard de la Convention ne sont pas imputables à l'Etat. Dans ces conditions, la charge imposée au requérant ne saurait passer pour excessive.
Conclusion : non-violation (unanimité).

Jurisprudence citée par la Cour

James et autres c. Royaume-Uni, arrêt du 21 février 1986, série A n° 98

Mellacher et autres c. Autriche, arrêt du 19 décembre 1989, série A n° 169

Pressos Compania Naviera S.A. et autres c. Belgique, arrêt du 20 novembre 1995, série A n° 332

Ex-roi de Grèce et autres c. Grèce [GC], n° 25701/94, CEDH 2000-XII

Jokela c. Finlande, n° 28856/95, CEDH 2002-IV

En l'affaire Bäck c. Finlande,

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

Sir Nicolas BRATZA, *président*,
M. M. PELLONPÄÄ,
M^{me} V. STRÁŽNICKÁ,
MM. R. MARUSTE,
S. PAVLOVSKI,
L. GARLICKI,
J. BORRERO BORRERO, *juges*,

et de M^{me} F. ELEN-PASSOS, *greffière adjointe de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 1^{er} juillet 2003 et le
29 juin 2004,

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

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 37598/97) dirigée
contre la République de Finlande et dont un ressortissant de cet État,
M. Tomas Bäck («le requérant»), avait saisi la Commission européenne
des Droits de l'Homme («la Commission») le 10 juillet 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, qui avait été admis au bénéfice de l'assistance
judiciaire, était représenté par M^c C. Näsman, avocat au barreau de
Vasa. Le gouvernement finlandais («le Gouvernement») était représenté
par son agent, M. A. Kosonen, directeur au ministère des Affaires
étrangères.

3. Dans sa requête, le requérant alléguait la violation de ses droits
patrimoniaux au regard de l'article 1 du Protocole n° 1, en raison de
l'extinction quasi totale – par un aménagement de dette – d'une créance
qu'il détenait envers une autre personne.

4. La requête a été transmise à la Cour le 1^{er} novembre 1998, date de
l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 à la Convention (article 5 § 2 dudit
Protocole).

5. Elle a été attribuée à la quatrième 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.

6. Le 1^{er} 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 quatrième section remaniée en conséquence (article 52 § 1 du
règlement).

7. Par une décision du 22 octobre 2002, la chambre a déclaré la requête partiellement recevable.

8. Tant le requérant que le Gouvernement ont déposé des observations écrites sur le fond de l'affaire (article 59 § 1 du règlement) et répondu aux observations de la partie adverse.

9. Le 25 mars 2003, la chambre a décidé de tenir une audience sur le fond (article 54 § 3 du règlement).

10. En avril 2003, des observations ont également été reçues des gouvernements néerlandais, norvégien, suédois et britannique, que le président avait autorisés à intervenir dans la procédure écrite (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 2 du règlement). Les parties y ont répondu (article 44 § 5 du règlement). Les observations des Etats intervenants sont résumées ci-dessous.

11. L'audience s'est déroulée en public au Palais des Droits de l'Homme, à Strasbourg, le 1^{er} juillet 2003 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

MM. A. KOSONEN, directeur, ministère des Affaires étrangères,	<i>agent,</i>
J. HEISKANEN, conseiller spécial, ministère de la Justice,	<i>conseiller;</i>

– *pour le requérant*

M ^e C. NÄSMAN, avocat,	<i>conseil.</i>
-----------------------------------	-----------------

Le requérant était également présent à l'audience.

La Cour a entendu en leurs déclarations M. Kosonen et M^e Näsman.

12. Par la suite, M. L. Garlicki a remplacé M. M. Fischbach, empêché.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

13. Le requérant est né en 1957 et réside à Karperö. En 1988 et 1989, lui-même et une autre personne se portèrent caution pour un prêt bancaire en faveur de N. En 1991, ce dernier se trouvant dans l'incapacité de respecter les conditions de remboursement, le requérant et l'autre garant versèrent chacun à la banque quelque 113 000 marks finlandais (FIM) (environ 19 000 euros (EUR)), sans compter les intérêts.

14. En 1995, N. sollicite un aménagement de la dette en vertu de la loi de 1993 sur l'aménagement de la dette des particuliers (*laki yksityishenkilön*

velkajärjestelystä, lag om skuldsanering för privatpersoner 57/1993 – «la loi de 1993») et soumit un plan de remboursement à l'approbation du tribunal. Le requérant s'opposa à cette demande, faisant valoir qu'une telle mesure risquait de le priver de manière injustifiée de ses biens, c'est-à-dire de sa créance envers N. M. Bäck estimait que N. était jeune et en bonne santé et qu'il devait donc être en mesure de rembourser en temps voulu ses dettes aux cautions. A titre subsidiaire, le requérant demandait le report de l'aménagement.

15. Le 19 avril 1996, N. ayant trouvé un emploi, le tribunal de district (*kärjäoikeus, tingsrätten*) de Korsholm accepta d'aménager sa dette et adopta un plan de remboursement quinquennal devant prendre effet le 1^{er} juin 1996. Le montant de la créance du requérant envers N. fut ramené à 2 168 FIM (365 EUR). Le tribunal de district estimait que la solvabilité de N. avait considérablement diminué du fait de la période de chômage qu'il avait traversée et de l'échec de ses activités professionnelles. Le débiteur étant déjà en mesure de rembourser 420 FIM (71 EUR) par mois à ses créanciers au moment où le tribunal examinait l'affaire, il n'était pas possible en vertu de la loi de 1993 de reporter l'entrée en vigueur du plan de remboursement. Le tribunal de district motiva ainsi sa décision :

« (...) Eu égard aux arguments de M. Tomas Bäck, le tribunal de district relève que la loi sur l'aménagement de la dette des particuliers permet de réduire le montant d'une créance, voire d'annuler celle-ci. Dès lors que le cautionnement implique toujours le risque de devoir rembourser le créancier mais aussi la possibilité de se retourner contre le débiteur principal, le tribunal estime que la créance en question ne saurait être considérée comme un bien susceptible de jouir d'une protection inviolable au regard de la Convention européenne des Droits de l'Homme (...) »

16. Parmi les soixante-dix autres créanciers de N. figurait la banque F., détentrice d'une créance d'un montant de 231 722 FIM (38 973 EUR), dont le tribunal de district retint 4 510 FIM (759 EUR) dans le plan de remboursement de N.

17. Le requérant fit appel, affirmant que l'extinction quasi complète de sa créance envers N. emportait violation de ses droits patrimoniaux au regard de la Convention. Il soulignait qu'aucune législation sur l'aménagement de la dette n'existait à l'époque où il s'était porté caution pour les dettes de N. et estimait que la mesure radicale consistant à annuler sa créance constituait une discrimination contre lui, créancier privé qui, contrairement aux banques créancières, ne recevrait aucun dédommagement de l'État.

18. Le 14 octobre 1996, la cour d'appel (*hovioikeus, hovrätten*) de Vasa confirma la décision et le raisonnement du tribunal de district. Le 19 février 1997, le requérant se vit refuser l'autorisation de saisir la Cour suprême (*korkein oikeus, högsta domstolen*).

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

19. La loi de 1993 fut adoptée alors que la Finlande connaissait une période de récession économique; l'un des objectifs de cette loi était de réduire l'important volume des dettes non remboursées aux banques. Ces dernières recevaient de l'Etat d'importantes subventions à titre de compensation. En vertu de la loi de 1993, un tribunal peut annuler une dette à condition que le débiteur accepte un plan de remboursement des créanciers, établi par le tribunal (article 25). Celui-ci évalue la part du revenu dont le débiteur a besoin pour couvrir ses indispensables frais de subsistance et honorer une éventuelle obligation de verser une allocation (articles 4-5). L'excédent est affecté au remboursement des créanciers durant une période définie, dans les proportions déterminées par le tribunal (article 23).

20. Si le débiteur rejette le plan de remboursement ou contracte de nouvelles dettes, le plan peut être annulé, ce qui permet à l'ensemble des créanciers de réclamer le remboursement comme si aucun aménagement de la dette n'avait été accordé (article 42). En cas de changement notable de sa situation – concernant par exemple sa capacité de remboursement – alors que le plan est en vigueur, le débiteur doit en informer les créanciers dans le délai de un mois (article 7). Tant le débiteur que les créanciers peuvent demander la modification, la prolongation ou l'annulation du plan de remboursement pendant qu'il est en vigueur ou, dans certaines circonstances, dans les cinq années qui suivent son adoption (articles 30 et 61). Si le plan de remboursement est modifié en faveur des créanciers, sa validité peut être prolongée pour une période correspondant au laps de temps pendant lequel la capacité de remboursement du débiteur s'était améliorée (article 44).

21. Avant de statuer sur la demande d'aménagement de la dette, le tribunal peut entendre les observations de un ou plusieurs créanciers, cautions et codébiteurs (article 52). Un recours est possible devant la juridiction d'appel compétente, à moins que ce recours soit spécifiquement prohibé ou qu'il porte sur une question de procédure (article 63).

22. A l'époque considérée, le tribunal pouvait sur requête d'un créancier recueillir les informations utiles sur l'éventuelle existence de circonstances susceptibles d'entraîner le rejet d'une demande d'aménagement de la dette. Depuis 1997, le tribunal peut aussi obtenir ces informations de sa propre initiative.

23. Dans le projet de loi (n° 183/1992), le gouvernement observait qu'un particulier insolvable avait rarement assez de biens pour pouvoir honorer ses obligations envers un créancier, les frais de faillite étant prioritaires. De même, une déclaration de faillite ne pouvait écarter la responsabilité future d'une personne physique quant à ses dettes. En autorisant un aménagement de l'ensemble de ses dettes et en définissant

un plan de remboursement, on pouvait aider le débiteur à faire face à ses futurs engagements financiers, à condition toutefois qu'il se conformât à ce plan. Cette aide permettait également de réduire le coût global supporté par la société. Les tribunaux devaient chercher à aménager la dette de la manière qui fût la moins défavorable au créancier et uniquement dans la mesure où un tel aménagement était nécessaire pour redresser la situation financière du débiteur. Puisqu'il fallait autant que faire se pouvait éviter de porter atteinte aux contrats existants, l'extinction partielle ou totale d'une créance ne devait être envisagée qu'en tout dernier recours. La possibilité d'ordonner qu'un plan de remboursement restât en vigueur pendant cinq ans permettait aux créanciers d'obtenir satisfaction au moins partiellement. Il était observé que des législations relativement proches sur l'aménagement de la dette avaient été adoptées ou étaient sur le point de l'être dans des pays tels que le Danemark, la France, l'Allemagne, la Norvège, la Suède et les Etats-Unis d'Amérique.

24. En 1997, la loi de 1993 a été modifiée, notamment de manière à durcir encore les conditions d'octroi d'un aménagement de la dette (articles 9 a) et 10). Un autre amendement a introduit la possibilité de prolonger de deux ans un plan de remboursement, à condition qu'il existe des motifs d'une certaine gravité et que le créancier soit lui aussi un particulier (article 31 a)). Ces différentes modifications n'étaient pas applicables à la situation du requérant.

III. LES TIERCES INTERVENTIONS

A. Le gouvernement néerlandais

25. Le gouvernement néerlandais souscrit au point de vue du gouvernement défendeur et signale l'existence, dans son pays, d'une loi sur le remboursement des dettes des personnes physiques (*Wet schuldsanering natuurlijke personen*). Entrée en vigueur en 1998, celle-ci s'apparente à la législation finlandaise.

26. De l'avis du gouvernement néerlandais, le fait de déclarer que le remboursement intégral ou partiel de la dette n'est plus exigible *ipso jure* au terme d'une procédure de remboursement de la dette n'est pas contraire à l'article 1 du Protocole n° 1. Tant la législation finlandaise que la législation néerlandaise sur l'aménagement de la dette servent l'intérêt général puisqu'elles visent à prévenir les faillites personnelles. Bien souvent, une telle faillite dissuade l'intéressé de se lancer dans une activité génératrice de revenus, car il risque alors de devoir faire face aux revendications de ses anciens créanciers. De plus, ces faillites font peser une lourde charge sur la société, et les créanciers ne gagnent rien à poursuivre pendant des années un débiteur failli. La procédure d'aménage-

ment de la dette vise à satisfaire toutes les parties concernées en veillant à un juste équilibre entre les intérêts des unes et des autres. Cela est conforme à la lettre et à l'esprit de l'article 1 du Protocole n° 1.

27. Enfin, le gouvernement néerlandais fait remarquer qu'une caution assume volontairement le risque que tous les fonds dont elle serait redevable envers un créancier ne puissent pas être recouvrés auprès du débiteur. La Convention n'offre aucune protection contre un tel risque.

B. Le gouvernement norvégien

28. A l'instar du gouvernement défendeur, le gouvernement norvégien estime que l'aménagement de la dette prévu par les législations respectives des États concernés ne va pas à l'encontre des droits des créanciers au regard de l'article 1 du Protocole n° 1.

29. La loi norvégienne de 1992 sur le règlement de la dette (loi relative au règlement volontaire et obligatoire des dettes des particuliers – *gjeldsordningsloven*) contient des dispositions semblables à celles qui figurent dans la législation finlandaise. La loi norvégienne sert des objectifs sociétaux de première importance et ménage un équilibre entre les intérêts concurrents. Elle vise principalement à favoriser la réinsertion des personnes ayant un problème d'endettement grave et permanent en leur donnant la possibilité de retrouver la maîtrise de leur budget, maîtrise sans laquelle les intéressés deviennent facilement et durablement dépendants du système de protection sociale. Par ailleurs, la loi a pour objet de garantir que les débiteurs s'acquittent autant que faire se peut de leurs obligations et que le partage de leurs biens, le cas échéant, soit organisé de manière adéquate. La position des créanciers ne doit pas être affaiblie plus qu'il n'est strictement nécessaire.

C. Le gouvernement suédois

30. De même, le gouvernement suédois souscrit aux arguments du gouvernement défendeur et évoque la loi suédoise de 1994 sur l'aménagement de la dette (*skuldsaneringslagen*). Correspondant pour l'essentiel à la législation finlandaise, ce texte revêt une importance capitale pour la société puisqu'il vise à favoriser la réinsertion des personnes très lourdement endettées en leur donnant une chance de vivre décemment. La loi en question est applicable aux personnes confrontées à un état d'insolvabilité « remplissant les conditions requises » et donnant à penser qu'elles seront incapables de rembourser leurs dettes dans un avenir prévisible. A plus long terme, les insolvabilités graves non seulement créent une souffrance pour les personnes concernées mais de plus entraînent une baisse de la

production, un besoin accru de protection et de soins, ainsi qu'une expansion de la zone grise de l'économie.

31. Par ailleurs, la loi sur l'aménagement de la dette a un effet préventif puisqu'elle amoindrit l'intérêt des établissements de crédit et autres à prêter des capitaux sans vérifier la solvabilité future du débiteur, diminuant ainsi le risque pour les particuliers de tomber dans une situation de lourd endettement.

32. L'objectif de réinsertion que vise cette loi a été mis en balance avec l'intérêt du créancier individuel à maintenir sa créance. Ainsi, la loi suédoise a aussi pour objet de protéger les créanciers en tant que groupe, puisque le débiteur doit rembourser à chacun d'entre eux une partie au moins de sa dette. Les créanciers ont donc des chances de récupérer une fraction plus élevée que si la loi n'existait pas.

33. A la fin de l'année 2002, en Suède plus de 32 000 demandes avaient été déposées et quelque 12 000 personnes s'étaient vu accorder un aménagement de la dette.

34. A l'époque de l'examen du texte de loi suédois (projet de loi 1993/94:123), on estima que l'aménagement d'une dette ne constituait pas une privation de propriété, même s'il limitait la possibilité pour un créancier d'invoquer sa créance, voire éteignait cette créance. Une créance envers un débiteur confronté à une insolvabilité «remplissant les conditions requises» revêtait un caractère presque purement formel dès lors que le créancier ne pouvait guère s'attendre à un quelconque remboursement. Par un aménagement de la dette, le créancier avait une chance de récupérer au moins une partie de la valeur nominale de sa créance. C'est dans ce contexte, et en gardant à l'esprit l'important intérêt général militant en faveur de l'aménagement de la dette, que le gouvernement suédois a conclu lors de l'adoption de la loi de 1994 qu'un dispositif en ce sens n'était pas contraire à l'article 1 du Protocole n° 1.

D. Le gouvernement britannique

35. De l'avis du gouvernement britannique, à supposer que l'article 1 du Protocole n° 1 entre en jeu, toute atteinte aux droits des créanciers est justifiée au regard d'un système de faillite impliquant l'annulation totale ou partielle de la dette. L'annulation de la dette est un trait commun à de nombreux régimes de faillite du monde occidental, dont celui du Royaume-Uni. Les débiteurs peuvent être confrontés à des difficultés financières pour des raisons indépendantes de leur volonté. Les dispositifs de faillite tendent à assurer leur réinsertion financière et sociale. L'absence d'un tel régime pourrait avoir des conséquences négatives sur le plan social, car l'existence même d'une dette peut empêcher un individu de se livrer à certaines activités. Lorsqu'un débiteur ayant échoué dans les

affaires ne peut pas être libéré de son endettement, cela peut avoir un effet dissuasif sur l'esprit d'entreprise et le goût du risque calculé.

36. Un créancier comme le requérant peut prendre diverses mesures pour se protéger : éviter de traiter avec un débiteur particulier, recueillir des informations sur la situation financière du débiteur, demander une garantie, souscrire une assurance ou obtenir le cautionnement d'un tiers. Quoiqu'il en soit, un tel créancier est présumé connaître la législation sur l'insolvabilité ainsi que ses effets.

EN DROIT

SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 1 DU PROTOCOLE N° 1

37. Le requérant se prétend victime d'une violation de l'article 1 du Protocole n° 1, qui est ainsi libellé :

« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. »

A. Arguments des parties

1. *Le requérant*

38. Sous l'angle de l'article 1 du Protocole n° 1, l'intéressé se plaint que l'aménagement de la dette dont N. a bénéficié l'ait privé de ses biens sans donner lieu à un dédommagement et en dehors de tout but légitime et conforme à l'intérêt général. L'aménagement aurait en effet entraîné le transfert à N. d'un montant équivalent au revenu net annuel du requérant, ce qui aurait fait peser sur celui-ci une charge excessive.

39. Tout en admettant que l'ingérence était légale, M. Bäck soutient qu'elle était disproportionnée au but poursuivi. Alors qu'il était créancier, il lui a été impossible d'utiliser de manière effective son droit de remettre en question la justesse du plan de remboursement proposé, puisqu'il n'a pu obtenir d'informations sur la situation financière de N. ni entendre la déposition sous serment de celui-ci au sujet de ses dettes. Le principe de l'égalité des armes n'a pas été respecté et l'intéressé n'a eu qu'un court délai pour s'opposer à une demande d'aménagement de la dette. De plus, les autorités d'exécution n'ont pas bien rempli leur obligation – au regard

de l'article 53 de la loi de 1993 – d'étudier la situation financière du débiteur. En raison du grand nombre de mesures d'aménagement de la dette prises à l'époque, l'examen de chaque demande par les tribunaux a été extrêmement sommaire.

40. Du fait de l'aménagement de la dette, la créance du requérant est passée de 118 500 FIM (environ 20 000 EUR) à 2 168,41 FIM (365 EUR). Ainsi, l'adoption du plan d'aménagement a pratiquement éteint cette créance, alors que l'existence de celle-ci avait auparavant été confirmée par un tribunal. Se fondant sur une estimation approximative de la valeur marchande de son bien avant la mesure litigieuse, le requérant considère qu'un transfert de sa créance à une agence de recouvrement lui aurait rapporté 50 % de sa valeur nominale.

41. M. Bäck estime qu'il était contraire à la loi de 1993 d'accorder à N. un aménagement de sa dette. N. était seul responsable de son lourd endettement, qui par ailleurs avait un caractère purement provisoire vu l'âge du débiteur. Si sa créance n'avait pas été éteinte, le requérant aurait pu dans quelques années tenter de se faire rembourser auprès de N.

42. Tout en admettant globalement que l'article 1 du Protocole n° 1 et les considérations touchant à l'intérêt général justifient que les Etats contractants jouissent d'une grande marge d'appréciation, le requérant s'oppose au transfert de propriété direct, d'un citoyen à un autre, qui intervient lors d'un aménagement de la dette. La grave récession qu'a connue la Finlande au début des années 90 ne légitime pas des transferts de propriété directs comme celui-ci. De plus, la législation relative à l'aménagement de la dette n'a pas été abrogée, alors que le pays est sorti de la crise. L'octroi d'une aide de l'Etat serait un moyen plus approprié de soutenir les débiteurs et d'éviter de lourdes conséquences au niveau social. Si, comme l'affirme le Gouvernement, l'aménagement de la dette vise à atténuer et prévenir les problèmes sociaux, l'Etat devrait au moins renoncer à ses créances fiscales à l'égard des personnes endettées. En vertu du plan de remboursement adopté pour N., l'autorité fiscale du comté devait percevoir plus de 3 000 FIM (505 EUR) sur une créance d'une valeur comptable de 155 000 FIM (26 069 EUR). Ainsi, par l'extinction quasi totale de sa propre créance, le requérant a dû contribuer indirectement à garantir le remboursement par N. d'une dette fiscale.

43. Par ailleurs, M. Bäck arguë que si l'aménagement de la dette a évité à N. la «détresse sociale», celle-ci n'a pas été épargnée aux créanciers. L'atteinte à ses droits patrimoniaux lui a imposé un fardeau excessif par rapport à la charge ayant pesé sur N. Il réfute l'affirmation du Gouvernement selon laquelle l'aménagement de la dette lui a assuré le remboursement d'un montant supérieur à celui qu'il pouvait espérer obtenir à défaut d'une telle mesure. En tant que caution pour le prêt octroyé à N., il a dû verser une somme correspondant approximativement à son propre salaire annuel. Si pour sa part il a dû rembourser

pendant quinze ans le prêt qu'il avait été obligé de contracter pour pouvoir couvrir la moitié du prêt accordé à N., pour ce dernier l'obligation de s'acquitter de sa propre dette – réduite par le tribunal – a été ramenée à une période de cinq ans seulement. On avait pourtant estimé à l'époque qu'il restait à N. trente et une années de vie active avant la retraite.

2. *Le Gouvernement*

44. Le Gouvernement admet que les mesures incriminées constituent une atteinte au droit du requérant au respect de ses biens ou, à titre subsidiaire, qu'elles s'analysent en une privation de propriété appelant un examen sous l'angle de la seconde phrase du premier paragraphe de l'article 1 du Protocole n° 1. Il estime néanmoins qu'il n'y a pas eu violation de cette disposition.

45. L'aménagement de la dette de N. envers le requérant a été accordé en vertu de la loi de 1993, laquelle loi était, au sens de l'article 1 du Protocole n° 1, suffisamment accessible et précise. Ce texte avait pour objet de permettre à une personne ayant des problèmes d'argent d'améliorer sa situation financière, de manière à prévenir les répercussions de l'insolvabilité – tels l'exclusion sociale, les problèmes sanitaires et sociaux et l'expansion de la zone grise de l'économie – sur l'ensemble de la société.

46. Le grand nombre de cas d'aménagement de la dette à l'époque des faits s'explique par le climat économique défavorable des années 90 et l'accroissement de l'emprunt par les ménages et les entreprises au cours des années précédentes. L'important marché du crédit, la conjoncture économique positive et les perspectives générales de croissance avaient encouragé certains ménages à contracter des prêts sans garantie vérifiable de pouvoir les rembourser et sans que les établissements de crédit se soucient suffisamment de la solvabilité des emprunteurs. La soudaine et forte augmentation du chômage, la réduction du revenu net des ménages, la hausse significative des taux d'intérêt et la chute du prix de vente des maisons ont abouti à une forte pression sociale et politique en faveur de l'instauration d'un système permettant de régler le problème de l'endettement excessif des particuliers. La prévention ou la résolution de ce problème par l'aménagement de la dette ont rendu moins utile le recours – d'ailleurs infructueux – au système judiciaire et aux autorités d'exécution. Le besoin d'aide sociale s'en est également trouvé réduit.

47. Par ailleurs, les mesures d'aménagement de la dette sont mises en œuvre selon un plan de remboursement défini pour plusieurs années et compte tenu de la solvabilité *de facto* du débiteur. Ainsi, celui-ci a une chance de se sortir d'une situation d'endettement sans espoir et peut prévoir son avenir de façon raisonnable et réaliste. L'amélioration de sa situation financière permet également d'assurer aux créanciers le meilleur remboursement possible, fût-ce au moyen d'un échéancier plus

étalé dans le temps. Un arrangement qui garantit au débiteur la possibilité – présente et future – de conserver un revenu sert aussi les intérêts des créanciers. En effet, ceux-ci n'obtiennent généralement aucun versement lorsque le débiteur, à cause de difficultés financières qui lui paraissent insurmontables, ne s'efforce pas de rembourser ses dettes. Si l'on tient compte de la capacité de remboursement *de facto* du débiteur, les créanciers peuvent espérer récupérer au moins une partie de la somme qui leur est due. Grâce à l'appréciation de la solvabilité du débiteur, les créanciers évitent également d'inutiles et coûteuses mesures de recouvrement.

48. La loi de 1993, qui vise à ménager un équilibre entre les intérêts des parties concernées, est indéniablement légitime car elle relève de l'«utilité publique» aux fins de l'article 1 du Protocole n° 1, même dans la mesure où elle peut impliquer un transfert de propriété d'une personne à une autre. Les législations sur l'aménagement de la dette sont d'ailleurs fréquentes dans d'autres Etats membres du Conseil de l'Europe.

49. En outre, l'atteinte aux droits de propriété du requérant était proportionnée au but légitime poursuivi. La question de la proportionnalité de la loi de 1993 avait été débattue longuement par la Commission parlementaire permanente du droit constitutionnel et la Commission parlementaire permanente des questions juridiques. Ces deux organes avaient souligné la nécessité de tenir dûment compte de la protection de la propriété offerte par la Constitution de 1919, ce qui signifiait avant tout que l'affaiblissement de la position des créanciers, bien qu'inévitable, ne devait pas conduire à des résultats disproportionnés. Il avait été noté qu'un particulier, même déclaré failli, n'était pas libéré de ses engagements. Les effets de l'aménagement de la dette sur la situation des créanciers devaient donc s'apprécier au regard de leur possibilité d'obtenir un remboursement grâce aux revenus et biens futurs du débiteur. Etant donné que le montant d'une dette ne se trouvait réduit et que le débiteur n'était relevé de son obligation de rembourser que lorsqu'un autre aménagement de la dette était impossible, pareil arrangement, en réalité, n'affaiblissait pas la position des créanciers.

50. S'agissant de l'espèce, le Gouvernement souligne que la dette de N. s'élevait au total à 1 391 375 FIM (234 012 EUR), dont un montant de 113 000 FIM (environ 19 000 EUR) dû au requérant. Lors de l'établissement du plan de remboursement, il fut estimé que N. était capable de verser une somme globale d'environ 420 FIM (71 EUR) par mois. A l'échéance du plan quinquennal, M. Bäck aurait reçu de N. 2 160 FIM (363 EUR) au total. Sans aménagement de la dette, il est fort probable que N. n'aurait jamais remboursé tout ce qu'il devait au requérant; ce dernier n'aurait pas même perçu l'équivalent du montant fixé dans le cadre de l'arrangement. En outre, comme il n'existe dans la pratique

aucun marché pour les créances personnelles envers des personnes insolvables, il n'y a pas de motif raisonnable de penser que sans la mesure d'aménagement le requérant aurait pu vendre sa créance pour une somme supérieure à ce qu'il a touché grâce à l'aménagement.

51. Il convient de faire la distinction entre la valeur nominale et la valeur réelle d'une créance. La seconde dépend pour l'essentiel des perspectives de recouvrement du montant en question, c'est-à-dire du risque effectif lié au crédit. En l'espèce, la créance du requérant n'était pas garantie. De plus, en tant que caution, M. Bäck jouait un rôle particulier en assumant spécifiquement le risque d'insolvabilité du débiteur.

B. Appréciation de la Cour

1. Principes généraux

52. La Cour rappelle que l'article 1 du Protocole n° 1 comprend trois règles 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 subordonne à certaines conditions ; quant à la troisième, consignée dans le second alinéa, elle reconnaît aux Etats contractants le pouvoir, entre autres, de réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général. Il ne s'agit pas pour autant de règles dépourvues de rapport entre elles. La deuxième et la troisième ont trait à des exemples particuliers d'atteintes au droit de propriété ; dès lors, elles doivent s'interpréter à la lumière du principe consacré par la première. Chacune des deux formes d'ingérence définies doit respecter le principe de légalité et viser un but légitime par des moyens raisonnablement proportionnés à celui-ci (*Jokela c. Finlande*, n° 28856/95, §§ 44 et 48, CEDH 2002-IV).

53. La notion d'«utilité publique» est ample par nature. En particulier, la décision d'adopter des lois concernant la propriété implique d'ordinaire l'examen de questions politiques, économiques et sociales. Un transfert de propriété dans le cadre d'une politique légitime – d'ordre social, économique ou autre – peut répondre à l'utilité publique même si la collectivité dans son ensemble ne se sert ou ne profite pas elle-même du bien dont il s'agit. Les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour déterminer ce qui est d'«utilité publique». Estimant normal que le législateur dispose d'une grande latitude pour mener une politique économique et sociale, la Cour respecte la manière dont il conçoit les impératifs de l'«utilité publique», sauf si son jugement se révèle manifestement dépourvu de base raisonnable (*Ex-roi de Grèce et autres c. Grèce* [GC], n° 25701/94, § 87, CEDH

2000-XII, et *James et autres c. Royaume-Uni*, arrêt du 21 février 1986, série A n° 98, pp. 31-32, §§ 45-46).

54. En elle-même, l'existence éventuelle de solutions de rechange ne rend pas injustifiée la législation litigieuse. Tant que le législateur demeure dans les limites de sa marge d'appréciation, la Cour n'a pas à dire s'il a choisi la meilleure façon de traiter le problème ou s'il aurait dû exercer différemment son pouvoir d'appréciation (*James et autres* précité, p. 35, § 51).

55. Une mesure d'ingérence dans le droit au respect des biens doit néanmoins ménager un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt public ou général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu. Le souci d'assurer un tel équilibre se reflète dans la structure de l'article 1 du Protocole n° 1 tout entier, qui doit se lire à la lumière du principe consacré par la première phrase. En particulier, il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé par toute mesure qui prive une personne de sa propriété ou réglemente l'usage de celle-ci. Afin de déterminer si la mesure litigieuse respecte le juste équilibre voulu et, notamment, si elle ne fait pas peser sur le requérant une charge disproportionnée, il y a lieu de prendre en considération les modalités d'indemnisation prévues par la législation interne (*Ex-roi de Grèce et autres* précité, § 89).

56. Nonobstant le silence de l'article 1 du Protocole n° 1 en matière d'exigences procédurales, les procédures applicables en l'espèce doivent aussi offrir à la personne concernée une occasion adéquate d'exposer sa cause aux autorités compétentes afin de contester effectivement les mesures portant atteinte aux droits garantis par cette disposition. Pour s'assurer du respect de cette condition, il y a lieu de considérer les procédures applicables d'un point de vue général (*Jokela*, précité, § 45).

2. Application en l'espèce

57. Il n'est pas contesté que la créance du requérant constituait un « bien » au sens de l'article 1 du Protocole n° 1. De même, il ne prête pas à controverse que la loi de 1993 a porté atteinte aux droits patrimoniaux de l'intéressé. La Cour relève que selon le droit finlandais la créance en question reposait sur la possibilité pour M. Bäck de se retourner contre N. au motif qu'il avait remboursé une partie des dettes de celui-ci. Elle estime donc que la créance du requérant représentait un « bien » au sens de l'article 1 (voir, par exemple, *Pressos Compania Naviera S.A. et autres c. Belgique*, arrêt du 20 novembre 1995, série A n° 332, p. 21, §§ 30-31). La Cour ne voit pas davantage de raisons de s'écarter de l'avis des parties selon lequel l'application de la loi de 1993 s'analyse en une atteinte aux droits patrimoniaux de l'intéressé.

58. La Cour note que l'aménagement des dettes de N. en vertu de la loi de 1993 a pratiquement éteint la créance du requérant. Si les faits de la cause s'apparentent à la fois à une privation et à une réglementation de la propriété, ils ne peuvent aisément être considérés comme appelant un examen exclusif sous l'angle de la deuxième ou de la troisième règle de l'article 1 du Protocole n° 1. De plus, les situations visées par la seconde phrase du premier alinéa de l'article 1 ainsi que par le second alinéa ne sont que des exemples particuliers d'atteintes au droit au respect des biens tel qu'il est garanti par la règle générale énoncée dans la première phrase du premier alinéa. La Cour doit donc rechercher si l'atteinte alléguée aux droits patrimoniaux du requérant était compatible avec la règle générale figurant dans cette première phrase.

59. Concernant la question de savoir si l'atteinte aux droits patrimoniaux du requérant peut être considérée comme justifiée par un intérêt public ou général, la Cour observe qu'un certain nombre d'États contractants ont instauré un cadre législatif permettant l'aménagement des dettes d'un particulier sous certaines conditions. Elle n'a aucune raison de révoquer en doute le jugement du législateur finlandais selon lequel il y avait à l'époque un intérêt général pressant et impérieux à donner aux débiteurs la possibilité de solliciter l'aménagement de leur dette dans certaines situations bien définies. De même, la Cour admet qu'il y avait, en principe, un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et l'objectif poursuivi.

60. La Cour estime, avec le requérant, qu'un transfert de propriété réalisé à seule fin d'octroyer un avantage à un particulier ne saurait s'inspirer de l'«utilité publique». Néanmoins, selon sa jurisprudence constante, un transfert obligatoire de propriété d'un individu à un autre peut, dans certaines circonstances, représenter un moyen légitime de servir l'intérêt général. Ainsi, un transfert de propriété opéré dans le cadre d'une politique légitime – d'ordre social, économique ou autre – peut répondre à l'«utilité publique» même si la collectivité dans son ensemble ne se sert ou ne profite pas elle-même du bien dont il s'agit (*James et autres* précité, pp. 30-32, §§ 40-45). La législation sur l'aménagement de la dette sert manifestement des politiques sociale et économique légitimes et ne constitue pas *ipso facto* une atteinte à l'article 1 du Protocole n° 1.

61. Cependant, la Cour doit également s'assurer que l'application de la loi de 1993 dans l'affaire particulière dont elle est saisie n'a pas imposé une charge excessive au requérant.

62. Il est vrai qu'à l'époque où M. Bäck a accepté de se porter caution pour le prêt accordé à N., il ne pouvait prévoir la récession économique et l'adoption de la législation qui allait permettre l'aménagement de la dette de N. A n'en pas douter, cette mesure lui a causé un préjudice important sur le plan financier. Toutefois, il est vrai aussi qu'en garantissant le prêt accordé à N., le requérant devait évaluer le risque que N. se trouvât dans

l'incapacité d'assumer ses engagements. Il devait également envisager la possibilité que N. fût déclaré failli, auquel cas sa créance envers lui perdrait vraisemblablement toute valeur. Qu'une situation de faillite eût préservé la validité juridique et l'exigibilité, à un stade ultérieur, de la créance ne change rien au fait qu'en se portant caution M. Bäck a accepté un risque de perte financière.

63. La Cour n'exclut pas que l'extinction irrévocable d'une dette prononcée judiciairement – par opposition à l'échelonnement des remboursements sur une période plus longue ou à la faillite du particulier concerné – puisse dans certaines circonstances revenir à imposer une charge excessive à un créancier. Pour savoir si le requérant a eu à supporter pareille charge, il faut aussi se demander si la procédure suivie lui a donné une juste possibilité de défendre ses intérêts en tant qu'un parmi quelque soixante-dix créanciers.

64. A ce propos, la Cour relève que le tribunal de district a entendu les observations de M. Bäck, qui a donc été en mesure de présenter son point de vue sur la demande d'aménagement de la dette formée par N. et sur le plan de remboursement proposé. Elle estime que le tribunal s'est livré à un examen approfondi et attentif de l'affaire et elle ne décèle aucun élément d'arbitraire dans les conclusions auxquelles il est parvenu. De plus, le requérant a pu obtenir un réexamen complet de sa cause par une juridiction d'appel, en ce qui concerne tant l'octroi de l'aménagement de la dette que les modalités précises du plan de remboursement adopté. Enfin, il a pu solliciter l'autorisation de saisir la Cour suprême.

65. La Cour note en outre que le plan de remboursement de N. et la quasi-extinction de la créance du requérant qui en est résultée n'étaient pas encore juridiquement contraignants lorsque la procédure judiciaire s'est achevée, en février 1997. Jusqu'au terme de la période de validité du plan, soit jusqu'au 1^{er} juin 2001, l'intéressé aurait pu tenter d'en obtenir la prolongation ou demander la majoration des versements en sa faveur s'il considérait, par exemple, que la capacité de remboursement de N. s'était sensiblement accrue.

66. Certes, le requérant n'avait aucun moyen de vérifier l'exactitude des informations fournies par N. lors de sa demande d'aménagement de la dette puis plus tard. Cependant, on peut considérer que cet élément est compensé par le fait que N. était soumis à l'obligation de communiquer des informations sincères sous peine de sanctions pénales.

67. Rien n'indique que les juridictions internes aient arbitrairement refusé de tenir compte des arguments avancés par M. Bäck ou que l'aménagement de la dette de N. et l'établissement de son plan de remboursement aient reposé sur des considérations arbitraires ou déraisonnables. Ainsi, la procédure prise dans son ensemble a offert au requérant une occasion adéquate d'exposer sa cause aux autorités compétentes afin qu'un juste équilibre fût ménagé entre les intérêts concurrents en jeu.

68. Concernant l'effet rétroactif de la loi de 1993, la Cour observe que ni la Convention ni ses Protocoles n'empêchent le législateur de s'ingérer dans des contrats existants (*Mellacher et autres c. Autriche*, arrêt du 19 décembre 1989, série A n° 169, p. 27, § 50). Elle estime qu'une telle ingérence nécessite une justification spéciale, mais admet que dans le cadre de la loi de 1993 il existait des motifs particuliers suffisamment importants pour que l'on juge cette condition remplie. Elle note que dans une législation sociale correctrice, singulièrement dans le domaine de l'aménagement de la dette, objet de la présente affaire, le législateur doit pouvoir, pour atteindre le but visé par la politique adoptée, prendre des mesures ayant un effet sur l'exécution future de contrats déjà conclus. D'ailleurs, d'autres Etats membres du Conseil de l'Europe, telles la Norvège et la Suède, ont promulgué des lois permettant l'aménagement de dettes contractées avant l'entrée en vigueur des textes en question.

69. L'ampleur de la baisse accusée par la valeur nominale de la créance litigieuse est assurément saisissante. Cependant, la charge qu'a fait peser l'aménagement de la dette de N. s'est trouvée répartie entre divers créanciers, puisque la valeur nominale de la somme due au requérant ne représentait que 8,4 % du montant total des créances. De plus, il est évident qu'avant l'adoption de la loi de 1993 la «valeur marchande» éventuelle de la créance du requérant – c'est-à-dire le montant pour lequel une personne aurait accepté d'acheter ce titre – était déjà bien inférieure à sa valeur nominale.

70. Eu égard également au fait qu'entre 1991 et 1995, année où son insolvabilité le conduisit à demander un aménagement de sa dette, N. n'avait effectivement rien remboursé hormis les 2 964 FIM (499 EUR) versés en septembre 1992, la Cour conclut que la créance de M. Bäck était déjà fort précaire avant l'aménagement de la dette, ce pour des raisons qui au regard de la Convention ne sont pas imputables à l'Etat. Dans ces conditions, la charge que la loi de 1993 a imposée au requérant ne saurait passer pour excessive.

71. Dès lors, il n'y a pas eu violation de l'article 1 du Protocole n° 1.

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

Dit qu'il n'y a pas eu violation de l'article 1 du Protocole n° 1.

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 20 juillet 2004, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Françoise ELENS-PASSOS
Greffière adjointe

Nicolas BRATZA
Président

K. v. ITALY
(Application no. 38805/97)

SECOND SECTION

JUDGMENT OF 20 JULY 2004¹

1. English original.

SUMMARY¹**Length of enforcement proceedings under the United Nations Convention on the Recovery Abroad of Maintenance****Article 6 § 1**

Reasonable time – Civil proceedings – Enforcement proceedings – Length of enforcement proceedings under the United Nations Convention on the Recovery Abroad of Maintenance – Applicant not party to proceedings – Victim

Article 35 § 1

Exhaustion of domestic remedies – Effective domestic remedy – Length of enforcement proceedings under the United Nations Convention on the Recovery Abroad of Maintenance – Existence of remedy in respect of length of proceedings – Effectiveness of remedy in respect of length of proceedings to which applicant was not party

*
* * *

The applicant, a Polish national, has a child born out of wedlock. She obtained from a Polish court an order against the father, an Italian national living in Italy, for payment of maintenance. As he failed to pay, the applicant applied to the court for the recovery of maintenance through the Italian Ministry of the Interior, by virtue of the United Nations Convention on the Recovery Abroad of Maintenance. The court transmitted the applicant's request to the Ministry in May 1994. Proceedings for the execution of the Polish court's decision were begun in Italy in November 1996 and the decision was declared enforceable in January 1998. As the father still failed to pay, two further sets of enforcement proceedings were instituted in December 2000 and December 2002. The applicant complained of the length of the proceedings.

Held

Article 6 § 1: (a) Preliminary consideration: Although the decision was given by a Polish court, the Italian authorities had undertaken to assume responsibility for enforcement by virtue of ratification of the United Nations convention. The enforcement proceedings were not subject to any supervision by the Polish authorities and the applicant could not secure redress against Poland for any unreasonable delay. Italy's jurisdiction was therefore engaged.

(b) Government's preliminary objection: The procedure in question did not concern the dispute between the applicant and the child's father as such but the

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

enforcement of a previous decision. The applicant was not a party to the enforcement proceedings, since under the United Nations convention the Italian authorities were responsible for the recovery of the maintenance. An applicant who was not a party to domestic proceedings could in certain circumstances be considered a victim. As the present application fell within the scope of Article 6, it remained to be determined whether the applicant should have applied to the Italian courts for compensation in respect of the length of the proceedings. Under Law no. 89 of 24 March 2001 (the "Pinto Act"), applicants may obtain both a ruling as to respect for the reasonable time requirement and just satisfaction. However, it had not been shown that an applicant who was not a party to domestic proceedings, albeit concerned by them, could make an effective application under that law. The applicant was therefore dispensed from the obligation to make use of the remedy.

(c) The length of the proceedings did not globally satisfy the reasonable time requirement.

Conclusion: violation (unanimously).

Article 41: The Court made an award in respect of non-pecuniary damage.

Case-law cited by the Court

Obermeier v. Austria, judgment of 28 June 1990, Series A no. 179

Ferraro v. Italy, judgment of 19 February 1991, Series A no. 197-A

Selmouni v. France, no. 25803/94, ECHR 1999-V

L.G.S. S.p.a. v. Italy (no. 2), no. 39487/98, 1 March 2001

Pellegrini v. Italy, no. 30882/96, ECHR 2001-VIII

In the case of K. v. Italy,

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

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

Mr L. LOUCAIDES,

Mr C. BİRSAN,

Mr K. JUNGWIERT,

Mr V. BUTKEVYCH,

Mrs W. THOMASSEN,

Mr V. ZAGREBELSKY, *judges*,

and Mrs S. DOLLÉ, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 23 March and 29 June 2004,

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

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 38805/97) against the Italian Republic lodged with the European Commission of Human Rights (“the Commission”) under former Article 25 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Polish national, Ms W.K. (“the applicant”), on 7 November 1996.

2. The Italian Government (“the Government”) were represented by successive Agents, Mr U. Leanza and Mr I.M. Braguglia, and by successive co-Agents, respectively Mr V. Esposito and Mr F. Crisafulli. 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).

3. The applicant alleged that the length of proceedings instituted in Italy pursuant to a United Nations convention for the recovery of maintenance payments from the father of her child had been unreasonable, in breach of Article 6 § 1 of the Convention.

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

5. The application was allocated to the Fourth Section of the Court (Rule 52 § 1).

6. On 1 November 2001 the Court changed the composition of its Sections (Rule 25 § 1). This case was assigned to the newly composed Second Section (Rule 52 § 1). Within that Section, the Chamber that would consider the case (Article 27 § 1 of the Convention) was constituted as provided in Rule 26 § 1.

7. By a decision of 25 June 2002, the Chamber declared 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, a Polish citizen living in Katowice, Poland, and Mr P., an Italian citizen living in Italy, are the parents of a daughter who was born out of wedlock on 19 November 1988. The latter was registered with the registry of births, deaths and marriages as the child of the applicant and Mr P. Since the child's birth, Mr P. has not assumed any parental duties.

10. The applicant instituted proceedings against Mr P. in the Katowice District Court, claiming maintenance for her minor daughter.

On 23 June 1993 the Katowice District Court ordered the defendant *in absentia* to pay maintenance in an amount equivalent to 350 zlotys (PLN) (approximately 73 euros (EUR)) per month from 19 November 1988, plus statutory interest should he default. This decision became final on 15 July 1993.

11. Having received no payments, on 30 May 1994 the applicant sought to avail herself of the United Nations Convention on the Recovery Abroad of Maintenance of 20 June 1956. She applied to the Katowice District Court (acting as the Transmitting Agency) for the recovery of maintenance through the Italian Ministry of the Interior (acting as the Receiving Agency), as provided for by that convention.

In her request, the applicant first asked for payment of the sum due of PLN 350 per month plus default interest which, by 1 January 1994, came to a total of PLN 21,350 (approximately EUR 4,495). The applicant also requested an increase in maintenance from PLN 350 per month to PLN 650 (approximately EUR 137) per month, on the grounds that she had learnt that Mr P. was earning 3,000 United States dollars per month and that the costs of bringing up the child were constantly rising. Finally, she asked the Italian authorities to start judicial proceedings against Mr P. to execute the decision of the Katowice District Court, and to recover her court costs if Mr P. refused to comply with the judgment.

12. On 30 May 1994 the Katowice District Court sent the applicant's request to the Italian Ministry of the Interior.

13. In a letter sent to the Katowice District Court on 18 October 1994, the Ministry of the Interior confirmed that it had received the applicant's request on 7 October 1994 and had referred it to the Prefecture of Terni.

It added that, in so far as the existing decision obliged Mr P. to pay PLN 350 per month, a different amount could not be claimed. On 3 May 1996 the Ministry of the Interior sent another letter to the Katowice District Court informing it that Perugia District State Counsel had been appointed to initiate proceedings for the execution of the decision.

14. On 27 December 1996 Perugia District State Counsel informed the Ministry of the Interior that he had started these proceedings in November 1996.

15. On 27 February 1997 the Perugia Court of Appeal held a hearing at which it decided that the parties had to make their final submissions on 15 May 1997. On that date the court adjourned the case to 30 October 1997 and reserved judgment, which, by law, could not be delivered before the expiry of a period of eighty days. On 21 January 1998 the Perugia Court of Appeal declared the Katowice District Court decision enforceable in Italy. On 30 March 1999 the Ministry of the Interior invited the debtor to comply with his obligations. On 2 April 1999 the decision of the Perugia Court of Appeal became final.

16. On 2 May 2000 the Italian Ministry of the Interior asked the Polish authorities for an updated calculation of the debt, which the Polish authorities furnished on 27 September 2000.

17. On 27 November 2000 the Prefecture of Terni informed the Ministry that on 6 July 1999 and 23 October 2000 it had formally invited the debtor to pay the amounts due. As he did not do so, Perugia District State Counsel was asked on 18 December 2000 to start enforcement proceedings. The first attempt at enforcement was unsuccessful, as Mr P. had no possessions. On 20 December 2002 a new set of enforcement proceedings – started on 10 July 2002 – led to the seizure of property and a priority notice being entered in the land register. According to information submitted by the Government, Mr P.'s lawyer made an informal request to be allowed to pay the arrears in instalments, but did not file a formal request with the courts.

II. RELEVANT INTERNATIONAL AND DOMESTIC LAW

A. The Convention on the Recovery Abroad of Maintenance

18. The Convention on the Recovery Abroad of Maintenance was adopted and opened for signature on 20 June 1956 by the United Nations Conference on Maintenance Obligations. This conference had been convened by the Economic and Social Council of the United Nations (see United Nations, Treaty Series, 1957, pp. 4-11 and 32-47). The convention came into force on 25 May 1957. Italy and Poland ratified it on 28 July 1958

and 21 March 1968 respectively. The relevant provisions of the convention read as follows:

Article 1

“1. The purpose of [the] Convention is to facilitate the recovery of maintenance to which a person, hereinafter referred to as claimant, who is in the territory of one of the Contracting Parties, claims to be entitled from another person, hereinafter referred to as the respondent, who is subject to the jurisdiction of another Contracting Party. This purpose shall be effected through the offices of agencies, which will hereinafter be referred to as Transmitting and Receiving Agencies.

2. The remedies provided for in this Convention are in addition to, and not in substitution for, any remedies available under municipal or international law.”

Article 2 §§ 1 and 2

“1. Each Contracting Party shall, at the time when the instrument of ratification or accession is deposited, designate one or more judicial or administrative authorities, which shall act in its territory as Transmitting Agencies.

2. Each Contracting Party shall, at the time when the instrument of ratification or accession is deposited, designate a public or private body, which shall act in its territory as Receiving Agency.”

Article 3 § 1

“Where a claimant is on the territory of one Contracting Party, hereinafter referred to as the State of the claimant, and the respondent is subject to the jurisdiction of another Contracting Party, hereinafter referred to as the State of the respondent, the claimant may make application to a Transmitting Agency in the State of the claimant for the recovery of maintenance from the respondent.”

Article 4 § 1

“The Transmitting Agency shall transmit the documents to the Receiving Agency of the State of the respondent, unless satisfied that the application is not made in good faith.”

Article 5 § 1

“The Transmitting Agency shall, at the request of the claimant, transmit, under the provision of Article 4, any order, final or provisional, and any other judicial act, obtained by the claimant for the payment of maintenance in the competent tribunal of any Contracting Party, and, where necessary and possible, the record of the proceedings in which such order was made.”

Article 6

“1. The Receiving Agency shall, subject always to the authority given by the claimant, take on behalf of the claimant, all appropriate steps for the recovery of maintenance, including the settlement of the claim and, where necessary, the institution and prosecution of an action for maintenance and the execution of any order or other judicial act for the payment of maintenance.

2. The Receiving Agency shall keep the Transmitting Agency currently informed. If it is unable to act, it shall inform the Transmitting Agency of its reason and return the documents.

3. Notwithstanding anything in this Convention, the law applicable in the determination of the questions arising in such action or proceedings shall be the law of the State of the respondent, including its private international law.”

B. Law no. 218 of 31 May 1995 (reform of the Italian system of private international law)

19. Section 64 of Law no. 218 of 1995 indicates the cases in which a judgment delivered by a foreign court will be recognised in Italy without recourse to a specific procedure. Section 67 contains provisions on the execution of judgments and decisions following the voluntary assumption of jurisdiction and in cases of refusal to comply.

C. Law no. 89 of 24 March 2001 (the “Pinto Act”) (provision for just satisfaction on failure to comply with the “reasonable time” requirement)

20. This Act, which came into force on 18 April 2001, completes Article 111 of the Italian Constitution, which provides that the right to have proceedings conducted within a reasonable time shall be guaranteed by legislation. The new Act enables a claim for compensation to be made in the Court of Appeal, which will apply the case-law of the European Court of Human Rights, by anyone who has sustained pecuniary or non-pecuniary damage as a result of the inordinate length of proceedings.

Section 2 (Entitlement to just satisfaction)

“1. Anyone sustaining pecuniary or non-pecuniary damage as a result of a violation of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, ratified by Law no. 848 of 4 August 1955, on account of a failure to comply with the ‘reasonable time’ requirement in Article 6 § 1 of the Convention, shall be entitled to just satisfaction.

2. In determining whether there has been a violation, the court shall have regard to the complexity of the case and, in the light thereof, the conduct of the parties and of the judge deciding procedural issues, and also the conduct of any authority required to participate in or contribute to the resolution of the case.

3. The court shall assess the quantum of damage in accordance with Article 2056 of the Civil Code and shall apply the following rules:

(a) only damage attributable to the period beyond the reasonable time referred to in subsection 1 may be taken into account;

(b) in addition to the payment of a sum of money, reparation for non-pecuniary damage shall be made by giving suitable publicity to the finding of a violation.”

Section 3 (Procedure)

“1. Claims for just satisfaction shall be lodged with the court of appeal in which the judge sits who has jurisdiction under Article 11 of the Code of Criminal Procedure to try cases concerning members of the judiciary sitting in the district where the case in which the violation is alleged to have occurred was decided or discontinued at the merits stage or is pending.

2. The claim shall be made on an application lodged with the registry of the court of appeal by a lawyer holding a special authority containing all the information prescribed by Article 125 of the Code of Civil Procedure.

3. The application shall be made against the Minister of Justice where the alleged violation has taken place in proceedings in the ordinary courts, the Minister of Defence where it has taken place in proceedings before the military courts and the Finance Minister where it has taken place in proceedings before the tax commissioners. In all other cases, the application shall be made against the Prime Minister.

4. The court of appeal shall hear the application in accordance with Articles 737 et seq. of the Code of Civil Procedure. The application and the order setting the case down for hearing before the relevant chamber shall be served by the applicant on the defendant authority at its elected domicile at the offices of State Counsel [*Avvocatura dello Stato*] at least fifteen days prior to the date of the hearing before the Chamber.

5. The parties may apply to the court for an order for production of all or part of the procedural and other documents from the proceedings in which the violation referred to in section 2 is alleged to have occurred and they and their lawyers shall be entitled to be heard by the court in private if they attend the hearing. The parties may lodge memorials and documents up until five days before the date set for the hearing or until expiry of the time allowed by the court of appeal for that purpose on application by the parties.

6. The court shall deliver a decision within four months after the application is lodged. An appeal shall lie to the Court of Cassation. The decision shall be enforceable immediately.

7. To the extent that resources permit, payment of compensation to those entitled shall commence on 1 January 2002.”

Section 4 (Time-limits and procedures for lodging applications)

“A claim for just satisfaction may be lodged while the proceedings in respect of which a violation is alleged to have occurred are pending or within six months from the date when the decision ending the proceedings becomes final. Claims lodged after that date shall be time-barred.”

Section 5
(Communications)

“If the court decides to grant an application, its decision shall be communicated by the registry to the parties, to State Counsel at the Audit Court to enable him to start an investigation into liability, and to the authorities responsible for deciding whether to institute disciplinary proceedings against the civil servants concerned by the proceedings.”

Section 6
(Transitional provisions)

“1. Within six months [extended to twelve by Law no. 432 of 2001] after the entry into force of this Act, anyone who has lodged an application with the Court of Human Rights in due time complaining of a violation of the ‘reasonable time’ requirement contained in Article 6 § 1 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, ratified by Law no. 848 of 4 August 1955, shall be entitled to lodge a claim under section 3 hereof provided that the application has not by then been declared admissible by the European Court. In such cases, the application to the court of appeal must state when the application to the said European Court was made.

2. The registry of the relevant court shall inform the Minister for Foreign Affairs without delay of any claim lodged in accordance with section 3 and within the period laid down in subsection 1 of this section.”

THE LAW

I. PRELIMINARY OBSERVATION

21. The Court notes that the applicant maintained that the length of the proceedings concerned had exceeded a “reasonable time” and that the respondent State was in breach of Article 6 § 1 of the Convention.

It observes in this connection that the Government have not contended at any stage of the Convention proceedings that the applicant was not within the “jurisdiction” of Italy within the meaning of Article 1 of the Convention and that the application was therefore incompatible *ratione personae* with the provisions of the Convention.

Even though this argument has not been raised, the Court considers that it is appropriate to deal with the matter *ex officio*, having regard to its relevance to the circumstances of the case. For the Court, although the maintenance decision in the applicant’s favour was handed down by a Polish court, it must be noted that the Italian authorities, by virtue of their ratification of the United Nations Convention on the Recovery Abroad of Maintenance (see paragraph 18 above and in particular Article 6 of that instrument) undertook to assume responsibility for the enforcement of the decision. In the performance of that obligation, they were acting in an autonomous manner (see, *mutatis mutandis*, *Pellegrini v. Italy*, no. 30882/96, § 40, ECHR 2001-VIII). It further observes in this connection that the

enforcement proceedings were not subject to any supervision by the Polish authorities and that the applicant could not secure redress from the latter State in the event of unreasonable delay in the enforcement of the decision.

In short, Italy's jurisdiction is engaged under the Convention in respect of the applicant's complaint.

II. THE GOVERNMENT'S PRELIMINARY OBJECTIONS

A. The pre-admissibility objections

22. The Government repeated the argument they had put forward at the admissibility stage that the application should be rejected for failure to exhaust domestic remedies as required by Article 35 § 1 of the Convention, which states:

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

23. The Government noted that the admissibility decision seemed to rely on contradictory arguments, as the Court had decided that Article 6 of the Convention was applicable to the case while the applicant had not applied to the court of appeal in accordance with the Pinto Act.

The Government stressed that, if Article 6 was applicable, the applicant should have lodged a claim under the Pinto Act, as, under Italian law, anything that fell within the scope of Article 6 (with regard to the excessive length of proceedings) “[fell] also and automatically” within the scope of that Act. If the Pinto Act was not applicable to the proceedings, Article 6 would not apply to the present case and, consequently, the application would be inadmissible *ratione materiae*. In conclusion, the Government requested that the application be declared inadmissible as being incompatible *ratione materiae* or dismissed for non-exhaustion of domestic remedies.

24. The applicant did not comment on this point.

25. The Court notes that the relevant principles concerning exhaustion of domestic remedies were set out in, *inter alia*, its judgment of 28 July 1999 in *Selmouni v. France* (no. 25803/94, §§ 74-77, ECHR 1999-V). The purpose of Article 35 § 1 of the Convention is to afford Contracting States an opportunity to prevent or put right the violations alleged against them before those allegations are submitted to the Convention institutions. However, the only remedies to be exhausted are those which are effective. It is incumbent on the Government claiming non-exhaustion to satisfy the Court that the remedy was an effective one, available in theory and in practice at the relevant time.

26. As regards the application of Article 35 § 1 of the Convention to the facts of the present case, the Court notes that, at the outset, there was a dispute between the applicant and Mr P. over the payment of maintenance. However, the procedure in question did not concern that dispute, but the enforcement of a previous decision. Moreover, the applicant was not a party to the enforcement proceedings in the Italian court as, under the Convention on the Recovery Abroad of Maintenance, the Italian authorities were responsible for the recovery of the maintenance.

The Court has previously recognised that an applicant who is not a party to domestic proceedings may, in certain circumstances, be considered a “victim” (Article 34 of the Convention) provided that he or she is concerned by the decision (see *L.G.S. S.p.a. v. Italy (no. 2)*, no. 39487/98, §§ 13-14, 1 March 2001).

As the present application falls within the scope of Article 6, it remains to be determined whether the applicant should have applied to the court of appeal for just satisfaction.

27. The Court observes that the terms of section 2 of the Pinto Act are sufficiently broad to demonstrate the existence of a remedy in the civil courts for the undue length of proceedings. By availing themselves of this remedy, applicants may obtain a ruling as to the compatibility of the proceedings in issue with the reasonable time requirement of Article 6 § 1 of the Convention and, if appropriate, claim just satisfaction.

28. However, in the Court’s opinion, the Government have not shown that an applicant who is not a party to the domestic proceedings, albeit concerned by them, could effectively apply to the court of appeal. Moreover, it would appear that it is mainly for the Receiving Agency, within the meaning of the aforementioned United Nations convention, to enforce the special procedure in the interests of the applicant. The Court concludes, therefore, that the applicant was exempted from the obligation to make use of the remedy suggested by the Government.

29. The Court therefore dismisses the Government’s preliminary objection.

B. The new objection

30. In their observations on the merits of the case, the Government submitted that, despite previous case-law to the contrary, Article 6 of the Convention did not apply to enforcement proceedings.

31. The Court would point out that, according to Rule 55 of the Rules of Court, any plea of inadmissibility must be raised by the respondent Government in their observations on the admissibility of the application. In the present case, not only did the Government not raise this matter at

the admissibility stage, they also conceded that Article 6 applies to the application. Consequently, they are estopped from raising this objection at the present stage of the proceedings and their objection must be dismissed.

III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 6 OF THE CONVENTION

32. The applicant maintained that the length of the proceedings concerned had exceeded a “reasonable time”, in breach of Article 6 § 1 of the Convention, the relevant part of which provides:

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

33. The Government refuted that allegation.

34. The parties discussed various criteria which the Court has applied in such cases, such as the exact period to be taken into consideration, the degree of complexity of the case and the parties’ conduct. The Court notes, however, that its case-law is based on the fundamental principle that the reasonableness of the length of proceedings is to be determined by reference to the particular circumstances of the case. In this instance, those circumstances call for a global assessment. The Court does not deem it necessary to consider the question in such detail (see, among other authorities, *Obermeier v. Austria*, judgment of 28 June 1990, Series A no. 179, pp. 23-24, § 72, and *Ferraro v. Italy*, judgment of 19 February 1991, Series A no. 197-A, pp. 9-10, § 17).

35. The Court notes that the proceedings started on 7 October 1994, when the Italian Ministry of the Interior received the applicant’s request transmitted by the Katowice District Court (that being the first compulsory step for bringing the case before the Italian court).

The proceedings before the Italian court started before 27 December 1996 and the decision of the Perugia Court of Appeal became final on 2 April 1999 (see paragraph 15 above).

On 18 December 2000 Perugia District State Counsel was asked to commence enforcement proceedings. A first attempt at enforcement was unsuccessful (see paragraph 17 above).

A new set of proceedings started on 10 July 2002 (see paragraph 17 above).

The Court finds that Italy cannot be held responsible for the fact that it became necessary to institute this new set of proceedings.

The period to be taken into consideration has thus lasted at least eight and a half years.

36. The Court considers that the subject matter of the case involved some degree of complexity. However, it notes, for instance, that the Italian

authorities waited until November 1996 before starting proceedings in the Perugia Court of Appeal, and from 2 April 1999 to December 2000 before starting fresh enforcement proceedings.

37. Having examined the facts of the case in the light of the parties' submissions, and having regard to its case-law, the Court considers that the length of the proceedings complained of did not globally satisfy the "reasonable time" requirement.

38. There has accordingly been a violation of Article 6 § 1 of the Convention.

IV. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

39. 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

40. By a letter of 17 October 2002, the applicant referred to the delay in executing the judgment of the Katowice District Court. She submitted that just satisfaction should be paid by the Italian Government as a consequence.

41. The Government considered that no award should be made but submitted that, if the Court were to decide otherwise, the amount should be fixed solely on the basis of the violation of Article 6 § 1 which had been found.

42. The Court considers that the applicant suffered some non-pecuniary damage on account of the protracted length of the proceedings in her case for which the finding of a violation does not afford sufficient compensation. In the circumstances of the instant case and making its assessment on an equitable basis, the Court awards the applicant 12,000 euros, plus any tax that may be chargeable.

B. Default interest

43. 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. *Dismisses* the Government's preliminary objections;
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 from the date on which the judgment becomes final according to Article 44 § 2 of the Convention, EUR 12,000 (twelve thousand euros) in respect of non-pecuniary damage, plus any tax that may be chargeable;
 - (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.

Done in English, and notified in writing on 20 July 2004, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

S. DOLLÉ
Registrar

J.-P. COSTA
President

K. c. ITALIE
(Requête n° 38805/97)

DEUXIÈME SECTION

ARRÊT DU 20 JUILLET 2004¹

1. Traduction; original anglais.

SOMMAIRE¹**Durée de la procédure d'exécution engagée sur la base de la Convention des Nations unies sur le recouvrement des aliments à l'étranger****Article 6 § 1**

Durée raisonnable – Procédure civile – Procédure d'exécution – Durée de la procédure d'exécution engagée sur la base de la Convention des Nations unies sur le recouvrement des aliments à l'étranger – Requérante qui n'est pas partie à la procédure – Victime

Article 35 § 1

Epuisement des voies de recours internes – Recours interne effectif – Durée de la procédure d'exécution engagée sur la base de la Convention des Nations unies sur le recouvrement des aliments à l'étranger – Existence d'un recours en matière de durée d'une procédure – Effectivité d'un recours en matière de durée d'une procédure à laquelle la requérante n'était pas partie

*
* *

La requérante, ressortissante polonaise, a un enfant né hors mariage. Elle obtint d'un tribunal polonais une décision condamnant le père, Italien résidant en Italie, à verser des aliments. Celui-ci ne s'étant pas exécuté, la requérante demanda au tribunal, en vertu de la Convention des Nations unies sur le recouvrement des aliments à l'étranger, d'intervenir auprès du ministère italien de l'Intérieur en vue du recouvrement des sommes dues au titre de la pension alimentaire. Le tribunal communiqua la demande au ministère en mai 1994. La procédure d'exécution de la décision du tribunal polonais fut entamée en Italie en novembre 1996 et la décision déclarée exécutoire dans ce pays en janvier 1998. Le père ne réglant toujours pas ses dettes, deux autres procédures d'exécution furent engagées en décembre 2000 et décembre 2002. La requérante se plaint de la durée de la procédure.

Article 6 § 1 : a) Observation préliminaire – Même si c'est un tribunal polonais qui a rendu la décision dont il est question, les autorités italiennes, puisqu'elles ont ratifié la Convention des Nations unies, étaient tenues de faire exécuter la décision polonaise. La procédure d'exécution en cause n'était soumise à aucun contrôle des autorités de la Pologne et la requérante ne pouvait obtenir réparation de la part de cet Etat en cas de retard excessif dans l'exécution de la décision. La juridiction de l'Italie entre donc en jeu.

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

b) Exception préliminaire du Gouvernement – La procédure dont il est question ici ne concernait pas le différend entre le père de l'enfant et la requérante en tant que tel, mais l'exécution d'une décision antérieure. D'ailleurs, la requérante n'était pas partie à la procédure d'exécution puisque, en vertu de la Convention des Nations unies, les autorités italiennes étaient responsables du recouvrement. Un requérant qui n'est pas partie à une procédure interne peut dans certains cas être considéré comme victime. Etant donné que la présente requête relève du champ d'application de l'article 6, il faut déterminer si la requérante aurait dû s'adresser aux juridictions italiennes afin d'obtenir réparation pour la durée excessive de la procédure. En vertu de la loi n° 89 du 24 mars 2001 («la loi Pinto»), les demandeurs peuvent obtenir une décision sur la compatibilité de la procédure en cause avec le principe du délai raisonnable et réclamer une satisfaction équitable. Cela dit, le Gouvernement n'a pas démontré qu'un demandeur qui n'est pas partie à la procédure interne, mais qui est néanmoins concerné par celle-ci, peut effectivement saisir la juridiction concernée sur la base de cette loi. La Cour conclut dès lors que la requérante n'était pas tenue d'épuiser le recours mentionné par le Gouvernement.

c) La durée de la procédure incriminée prise dans son ensemble n'a pas respecté la règle du délai raisonnable.

Conclusion : violation (unanimité).

Article 41 : la Cour alloue une somme pour dommage moral.

Jurisprudence citée par la Cour

Obermeier c. Autriche, arrêt du 28 juin 1990, série A n° 179

Ferraro c. Italie, arrêt du 19 février 1991, série A n° 197-A

Selmouni c. France, n° 25803/94, CEDH 1999-V

L.G.S. S.p.a. c. Italie (n° 2), n° 39487/98, 1^{er} mars 2001

Pellegrini c. Italie, n° 30882/96, CEDH 2001-VIII

En l'affaire K. c. Italie,

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

MM. J.-P. COSTA, *président*,

L. LOUCAIDES,

C. BÍRSAN,

K. JUNGWIERT,

V. BUTKEVYCH,

M^{me} W. THOMASSEN,

M. V. ZAGREBELSKY, *juges*,

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

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 23 mars et 29 juin
2004,

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

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 38805/97) dirigée
contre la République italienne et dont une ressortissante polonaise,
M^{me} W.K. (« la requérante »), avait saisi la Commission européenne des
Droits de l'Homme (« la Commission ») le 7 novembre 1996 en vertu
de l'ancien article 25 de la Convention de sauvegarde des Droits de
l'Homme et des Libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Le gouvernement italien (« le Gouvernement ») a été représenté par
ses agents successifs, M. U. Leanza et M. I.M. Braguglia, et par ses
coagents successifs, M. V. Esposito et M. F. Crisafulli. Le président de la
chambre a accédé à la demande de non-divulgence de son identité
formulée par la requérante (article 47 § 3 du règlement).

3. La requérante alléguait que la durée de la procédure qu'elle avait
engagée en Italie en application d'une convention des Nations unies et qui
visait au recouvrement d'aliments dus par le père de son enfant, avait été
excessive, ce qui aurait emporté violation de l'article 6 § 1 de la Con-
vention.

4. La requête a été transmise à la Cour le 1^{er} 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^{er} novembre 2001, la Cour a modifié la composition de ses
sections (article 25 § 1 du règlement). La présente requête est ainsi échue
à la deuxième section telle que remaniée (article 52 § 1 du règlement). Au
sein de celle-ci a alors été constituée, conformément à l'article 26 § 1 du

règlement, la chambre chargée d'examiner l'affaire (article 27 § 1 de la Convention).

7. Par une décision du 25 juin 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).

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

9. La requérante, une ressortissante polonaise résidant à Katowice, en Pologne, et M. P., un ressortissant italien résidant en Italie, sont les parents d'une fille née hors mariage le 19 novembre 1988, et inscrits comme tels sur le registre d'état civil. M. P. n'a rempli aucune obligation parentale.

10. La requérante engagea une procédure contre M. P. devant le tribunal de district de Katowice. Elle demandait le versement d'aliments pour sa fille mineure.

Le 23 juin 1993, le tribunal de district condamna par défaut le défendeur à verser 350 zlotys (PLN) (l'équivalent de 73 euros (EUR)) d'aliments par mois à compter du 19 novembre 1988, montant à majorer de l'intérêt légal à défaut de paiement. Cette décision devint définitive le 15 juillet 1993.

11. N'ayant reçu aucun paiement à la date du 30 mai 1994, la requérante chercha à se prévaloir de la Convention des Nations unies du 20 juin 1956 sur le recouvrement des aliments à l'étranger. Elle s'adressa pour cela au tribunal de district de Katowice (faisant office d'Autorité expéditrice) dans le but de percevoir les sommes dues au titre de la pension alimentaire par l'intermédiaire du ministère italien de l'Intérieur (faisant fonction d'Institution intermédiaire), ainsi que le prévoit la Convention en question.

La requérante sollicitait tout d'abord le versement de la somme de 350 PLN due par mois, augmentée des intérêts moratoires, ce qui au 1^{er} janvier 1994 représentait au total 21 350 PLN (soit 4 495 EUR). Elle demandait également que le montant de la pension alimentaire fût porté à 650 PLN par mois (soit 137 EUR environ), en s'appuyant sur des informations selon lesquelles M. P. avait un revenu mensuel de 3 000 dollars américains et en arguant de coûts d'éducation toujours plus élevés. Enfin, elle priait les autorités italiennes d'entamer une procédure judiciaire contre M. P. pour obtenir l'exécution de la décision du tribunal de district de Katowice et le recouvrement de ses frais et dépens dans le cas où M. P. refuserait d'exécuter le jugement.

12. Le 30 mai 1994, le tribunal de district de Katowice adressa la demande de la requérante au ministère italien de l'Intérieur.

13. Le 18 octobre 1994, dans une lettre adressée au tribunal de Katowice, le ministère confirma avoir reçu le 7 octobre 1994 la demande de l'intéressée et déclara avoir communiqué le dossier à la préfecture de Terni. Il ajouta que, dans la mesure où la décision existante obligeait M. P. à verser 350 PLN par mois, un montant différent ne pouvait être réclamé. Le 3 mai 1996, le ministère de l'Intérieur adressa une autre lettre au tribunal de district de Katowice pour l'informer que le procureur de Pérouse avait été chargé d'engager la procédure d'exécution de la décision.

14. Le 27 décembre 1996, le procureur de Pérouse informa le ministère de l'Intérieur qu'il avait entamé la procédure en novembre 1996.

15. Le 27 février 1997, la cour d'appel de Pérouse tint audience et décida que les parties devaient soumettre leurs observations finales le 15 mai 1997. A cette date, la cour reporta l'affaire au 30 octobre 1997, et la mit en délibéré. La loi prévoyait que l'arrêt ne pourrait être rendu avant l'expiration d'un délai de quatre-vingts jours. Le 21 janvier 1998, la cour d'appel de Pérouse déclara la décision du tribunal de district de Katowice exécutoire en Italie. Le 30 mars 1999, le ministère de l'Intérieur invita le débiteur à se conformer à ses obligations. Le 2 avril 1999, la décision de la cour de Pérouse devint définitive.

16. Le 2 mai 2000, le ministère italien de l'Intérieur demanda aux autorités polonaises de lui communiquer un calcul actualisé des arriérés, ce qu'elles firent le 27 septembre 2000.

17. Le 27 novembre 2000, la préfecture de Terni informa le ministère que, le 6 juillet 1999 et le 23 octobre 2000, elle avait officiellement invité le débiteur à payer les arriérés de la pension alimentaire. M. P. ne s'étant pas exécuté, le procureur de Pérouse fut chargé le 18 décembre 2000 d'engager la procédure d'exécution. Une première tentative d'exécution ne donna aucun résultat car M. P. n'avait pas d'actif. Le 20 décembre 2002, une nouvelle procédure d'exécution, entamée le 10 juillet 2002, aboutit à une saisie immobilière et à l'enregistrement dans le livre foncier d'une inscription de rang. Selon les informations communiquées par le Gouvernement, l'avocat de M. P. demanda officieusement que son client fût autorisé à échelonner le paiement de ses arriérés mais il ne saisit pas officiellement les tribunaux de cette requête.

II. LE DROIT INTERNATIONAL ET INTERNE PERTINENT

A. La Convention sur le recouvrement des aliments à l'étranger

18. La Convention sur le recouvrement des aliments à l'étranger fut adoptée et ouverte à la signature le 20 juin 1956 dans le cadre de la

Conférence des Nations unies sur les obligations alimentaires. Cette conférence avait été convoquée par le Conseil économique et social des Nations unies (Nations unies, Recueil des Traités, 1957, pp. 4-11 et 32-47). La Convention entra en vigueur le 25 mai 1957. L'Italie et la Pologne la ratifièrent le 28 juillet 1958 et le 21 mars 1968, respectivement. Les parties pertinentes de la Convention se lisent comme suit :

Article premier

« 1. La (...) Convention a pour objet de faciliter à une personne, désignée ci-après comme créancier, qui se trouve sur le territoire d'une des Parties contractantes, le recouvrement d'aliments auxquels elle prétend avoir droit de la part d'une personne, désignée ci-après comme débiteur, qui est sous la juridiction d'une autre Partie contractante. Les organismes qui seront utilisés à cet effet sont désignés ci-après comme Autorités expéditrices et Institutions intermédiaires.

2. Les voies de droit prévues à la (...) Convention complètent, sans les remplacer, toutes autres voies de droit existantes en droit interne ou en droit international. »

Article 2 §§ 1 et 2

« 1. Chaque Partie contractante désigne, au moment du dépôt de l'instrument de ratification ou d'adhésion, une ou plusieurs autorités administratives ou judiciaires qui exerceront sur son territoire les fonctions d'Autorités expéditrices.

2. Chaque Partie contractante désigne, au moment du dépôt de l'instrument de ratification ou d'adhésion, un organisme public ou privé qui exercera sur son territoire les fonctions d'Institution intermédiaire. »

Article 3 § 1

« Lorsqu'un créancier se trouve sur le territoire d'une Partie contractante, désignée ci-après comme l'Etat du créancier, et que le débiteur se trouve sous la juridiction d'une autre Partie contractante, désignée ci-après comme l'Etat du débiteur, le premier peut adresser une demande à une Autorité expéditrice de l'Etat où il se trouve pour obtenir des aliments de la part du débiteur. »

Article 4 § 1

« L'Autorité expéditrice transmet le dossier à l'Institution intermédiaire désignée par l'Etat du débiteur à moins qu'elle ne considère la demande comme téméraire. »

Article 5 § 1

« L'Autorité expéditrice transmet, à la demande du créancier et conformément aux dispositions de l'article 4, toute décision provisoire ou définitive ou tout autre acte judiciaire d'ordre alimentaire intervenus en faveur du créancier dans un tribunal compétent de l'une des Parties contractantes, et, s'il est nécessaire et possible, le compte rendu des débats au cours desquels cette décision a été prise. »

Article 6

« 1. Agissant dans les limites des pouvoirs conférés par le créancier, l'Institution intermédiaire prend, au nom du créancier, toutes mesures propres à assurer le

recouvrement des aliments. Notamment, elle transige et, lorsque cela est nécessaire, elle intente et poursuit une action alimentaire et fait exécuter tout jugement, ordonnance ou autre acte judiciaire.

2. L'Institution intermédiaire tient l'Autorité expéditrice au courant. Si elle ne peut agir, elle en donne les raisons et renvoie le dossier à l'Autorité expéditrice.

3. Nonobstant toute disposition de la (...) Convention, la loi régissant lesdites actions et toutes questions connexes est la loi de l'Etat du débiteur, notamment en matière de droit international privé.»

B. Loi n° 218 du 31 mai 1995 (réforme du système italien de droit international privé)

19. L'article 64 de la loi n° 218 de 1995 énumère les cas dans lesquels un jugement rendu par un tribunal étranger est reconnu en Italie sans procédure particulière. L'article 67 contient des dispositions sur l'exécution des jugements et décisions en matière de compétence facultative et de refus d'exécution.

C. Loi n° 89 du 24 mars 2001 (ci-après «la loi Pinto») (octroi d'une satisfaction équitable en cas de non-respect du principe de la «durée raisonnable»)

20. Cette loi, entrée en vigueur le 18 avril 2001, complète l'article 111 de la Constitution italienne selon lequel la loi garantit la durée raisonnable d'un procès. La nouvelle loi donne le droit à toute personne qui a subi un préjudice patrimonial ou non patrimonial en raison de la durée excessive d'une procédure de demander réparation à la cour d'appel, qui applique la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme.

Article 2

(Droit à une satisfaction équitable)

«1. Toute personne ayant subi un préjudice patrimonial ou non patrimonial à la suite de la violation de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, ratifiée par la loi n° 848 du 4 août 1955, du fait du non-respect du «délai raisonnable» prévu par l'article 6 § 1 de la Convention, a droit à une satisfaction équitable.

2. Pour apprécier s'il y a eu violation, le juge prend en compte la complexité de l'affaire et, dans le cadre de celle-ci, le comportement des parties et du juge chargé de la procédure, ainsi que le comportement de toute autorité appelée à participer ou à contribuer à son règlement.

3. Le juge détermine le montant de la réparation conformément à l'article 2056 du code civil, en respectant les dispositions suivantes :

a) seul le préjudice qui peut se rapporter à la période excédant le délai raisonnable indiqué au paragraphe 1 peut être pris en compte ;

b) le préjudice non patrimonial est réparé non seulement par le versement d'une somme d'argent, mais aussi par la publication du constat de violation selon les formes appropriées.»

Article 3 (Procédure)

«1. La demande de satisfaction équitable est déposée auprès de la cour d'appel où siège le juge qui, selon l'article 11 du code de procédure pénale, est compétent pour les affaires concernant les magistrats du ressort où la procédure – au sujet de laquelle on allègue la violation – s'est achevée ou s'est éteinte, quant au fond, ou est pendante.

2. La demande est introduite par un recours déposé au greffe de la cour d'appel, par un avocat muni d'un mandat spécifique contenant tous les éléments visés par l'article 125 du code de procédure civile.

3. Le recours est dirigé contre le ministre de la Justice s'il s'agit de procédures devant le juge ordinaire, le ministre de la Défense s'il s'agit de procédures devant le juge militaire, ou le ministre des Finances s'il s'agit de procédures devant les commissions fiscales. Dans tous les autres cas, le recours est dirigé contre le président du Conseil des ministres.

4. La cour d'appel statue conformément aux articles 737 et suivants du code de procédure civile. Le recours, ainsi que la décision de fixation des débats devant la chambre compétente, est notifié, par les soins du requérant, à l'administration défenderesse domiciliée auprès du bureau des avocats de l'Etat [*Avvocatura dello Stato*]. Un délai d'au moins quinze jours doit être respecté entre la date de la notification et celle des débats devant la chambre.

5. Les parties peuvent demander que la cour d'appel ordonne la production de tout ou partie des actes et des documents de la procédure au sujet de laquelle on allègue la violation visée à l'article 2, et elles ont le droit d'être entendues, avec leurs avocats, devant la chambre du conseil si elles se présentent. Les parties peuvent déposer des mémoires et des documents jusqu'à cinq jours avant la date à laquelle sont prévus les débats devant la chambre, ou jusqu'à l'échéance du délai accordé par la cour d'appel sur demande des parties.

6. La cour prononce, dans les quatre mois suivant la formation du recours, une décision susceptible de pourvoi en cassation. La décision est immédiatement exécutoire.

7. Le paiement des indemnités aux ayants droit a lieu, dans la limite des ressources disponibles, à compter du 1^{er} janvier 2002.»

Article 4 (Délai et conditions concernant l'introduction d'un recours)

«La demande de réparation peut être présentée au cours de la procédure au titre de laquelle on allègue la violation ou, sous peine de déchéance, dans un délai de six mois à partir de la date à laquelle la décision concluant ladite procédure est devenue définitive.»

Article 5
(Communications)

« La décision qui fait droit à la demande est communiquée par le greffe, non seulement aux parties, mais aussi au procureur général près la Cour des comptes, afin de permettre l'éventuelle instruction d'une procédure en responsabilité, et aux titulaires de l'action disciplinaire contre les fonctionnaires concernés par la procédure. »

Article 6
(Disposition transitoire)

« 1. Dans les six mois [délai porté à douze mois par la loi n° 432 de 2001] à compter de la date d'entrée en vigueur de la présente loi, toutes les personnes qui ont déjà, en temps utile, introduit une requête devant la Cour européenne des Droits de l'Homme, pour non-respect du « délai raisonnable » prévu par l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, ratifiée par la loi n° 848 du 4 août 1955, peuvent présenter la demande visée à l'article 3 de la présente loi au cas où la Cour européenne n'aurait pas encore déclaré la requête recevable. Dans cette hypothèse, le recours auprès de la cour d'appel doit indiquer la date d'introduction de la requête devant la Cour européenne.

2. Le greffe du juge saisi informe sans retard le ministre des Affaires étrangères de toute demande présentée au titre de l'article 3 et dans le délai prévu au paragraphe 1 du présent article. »

EN DROIT

I. OBSERVATION PRÉLIMINAIRE

21. La requérante allègue que la durée de la procédure en cause n'a pas été raisonnable et que l'État défendeur a méconnu l'article 6 § 1 de la Convention.

La Cour observe à cet égard que le Gouvernement n'a jamais soutenu pendant la procédure devant les organes de la Convention que la requérante ne relevait pas de la « juridiction » de l'Italie, au sens de l'article 1 de la Convention, ni donc que la requête était incompatible *ratione personae* avec les dispositions de la Convention.

Bien que cet argument n'ait pas été soulevé, la Cour estime opportun d'examiner la question d'office, compte tenu de sa pertinence en l'affaire. Même si c'est un tribunal polonais qui a accueilli la demande alimentaire formée par la requérante, les autorités italiennes, puisqu'elles ont ratifié la Convention des Nations unies sur le recouvrement des aliments à l'étranger (voir le paragraphe 18 ci-dessus et en particulier l'article 6 de cet instrument), étaient tenues de faire exécuter la décision polonaise. Dans le cadre de cette obligation, elles ont agi de manière autonome (voir, *mutatis mutandis*, *Pellegrini c. Italie*, n° 30882/96, § 40, CEDH 2001-VIII). Par ailleurs, la Cour observe à ce propos que la procédure d'exécution en cause n'était soumise à aucun contrôle des autorités de la Pologne et que la

requérante ne pouvait obtenir réparation de la part de cet Etat en cas de retard excessif dans l'exécution de la décision.

En bref, la juridiction de l'Italie entre en jeu sur le terrain de la Convention en ce qui concerne la plainte de la requérante.

II. SUR LES EXCEPTIONS PRÉLIMINAIRES DU GOUVERNEMENT

A. Les exceptions soulevées avant l'examen de la recevabilité de la requête

22. Le Gouvernement a réitéré l'argument qu'il avait exprimé au stade de l'examen de la recevabilité et selon lequel la requête devait être rejetée pour non-épuisement des voies de recours internes, conformément à l'article 35 § 1 de la Convention :

« La Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus, et dans un délai de six mois à partir de la date de la décision interne définitive. »

23. Le Gouvernement explique que la décision sur la recevabilité semble avoir été fondée sur des motifs contradictoires dans la mesure où la Cour a décidé que l'article 6 de la Convention s'appliquait en l'espèce alors que la requérante – qui en avait pourtant la possibilité en vertu de la loi Pinto – ne s'était pas adressée à la cour d'appel.

Le Gouvernement souligne que, si l'article 6 est applicable, cela signifie que la requérante aurait dû introduire une demande sur la base de la loi Pinto car, en droit italien, tout ce qui relève du champ d'application de l'article 6 (en ce qui concerne une durée excessive de procédure) «relève également et automatiquement» de l'application de cette loi. Si celle-ci ne s'appliquait pas à la procédure, l'article 6 ne s'applique pas à l'espèce et, partant, la requête est irrecevable *ratione materiae*. Pour conclure, le Gouvernement demande que la requête soit déclarée irrecevable pour incompatibilité *ratione materiae* ou rejetée pour non-épuisement des voies de recours internes.

24. La requérante ne formule pas d'observations sur ce point.

25. La Cour note que les principes applicables en matière d'épuisement des voies de recours internes sont notamment énoncés dans l'arrêt qu'elle a rendu le 28 juillet 1999 en l'affaire *Selmouni c. France* (n° 25803/94, §§ 74-77, CEDH 1999-V). La finalité de l'article 35 § 1 de la Convention est de ménager aux Etats contractants l'occasion de prévenir ou redresser les violations alléguées contre eux avant que ces allégations ne soient soumises aux organes de la Convention. Toutefois, les seuls recours à épuiser sont ceux qui sont effectifs. Il incombe au Gouvernement excipant du non-épuisement de convaincre la Cour que le recours était effectif et disponible tant en théorie qu'en pratique à l'époque des faits.

26. En ce qui concerne l'application de l'article 35 § 1 de la Convention aux faits de l'espèce, la Cour note qu'il existait au départ un différend entre la requérante et M. P. au sujet du versement d'aliments. Or la procédure dont il est question ici ne concernait pas ce différend, mais l'exécution d'une décision antérieure. D'ailleurs, la requérante n'était pas partie à la procédure d'exécution devant la juridiction italienne puisque, en vertu de la Convention sur le recouvrement des aliments à l'étranger, les autorités italiennes étaient responsables du recouvrement.

La Cour a déjà reconnu qu'un requérant qui n'est pas partie à une procédure interne peut dans certains cas être considéré comme « victime » (article 34 de la Convention), à condition qu'il soit concerné par la décision dont il s'agit (*L.G.S. S.p.a. c. Italie (n° 2)*, n° 39487/98, §§ 13-14, 1^{er} mars 2001).

Comme la présente requête relève du champ d'application de l'article 6, il faut déterminer si la requérante aurait dû s'adresser à la cour d'appel pour obtenir une satisfaction équitable.

27. L'article 2 de la loi Pinto a été rédigé en des termes suffisamment larges pour que l'on puisse en déduire qu'il existe un recours devant les juridictions civiles en cas de durée excessive d'une procédure. En faisant usage de ce recours, les demandeurs peuvent obtenir une décision sur la compatibilité de la procédure en cause avec le principe du délai raisonnable énoncé à l'article 6 § 1 de la Convention et, le cas échéant, réclamer une satisfaction équitable.

28. Cela dit, la Cour estime que le Gouvernement n'a pas démontré qu'un demandeur qui n'est pas partie à la procédure interne, mais qui est néanmoins concerné par celle-ci, peut effectivement s'adresser à la cour d'appel. De surcroît, il semble qu'il appartient avant tout à l'Institution intermédiaire, telle qu'elle est définie dans la Convention des Nations unies, de faire appliquer la procédure spéciale dans l'intérêt du demandeur. La Cour conclut dès lors que la requérante n'était pas tenue d'épuiser le recours mentionné par le Gouvernement.

29. Par conséquent, la Cour rejette l'exception préliminaire du Gouvernement.

B. La nouvelle exception

30. Dans les observations qu'il a formulées sur le fond de l'affaire, le Gouvernement soutient que, en dépit d'une jurisprudence contraire, l'article 6 de la Convention ne doit pas s'appliquer à une procédure d'exécution.

31. La Cour rappelle que, selon l'article 55 de son règlement, si le Gouvernement entend présenter une exception d'irrecevabilité, il doit le faire dans ses observations sur la recevabilité de la requête. En l'espèce,

non seulement il n'a pas soulevé cette question au stade de la recevabilité, mais il a reconnu que l'article 6 s'appliquait à la requête. Il est donc forclos à formuler cette exception à ce stade, et elle doit être rejetée.

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

32. La requérante soutient que la durée de la procédure en cause a dépassé un «délai raisonnable», ce qui emporte violation de l'article 6 § 1 de la Convention. Selon cette disposition :

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

33. Le Gouvernement réfute cette allégation.

34. Les parties ont discuté des divers critères appliqués en la matière par la Cour, tels la période exacte à considérer, le degré de complexité de l'affaire et le comportement des parties. La Cour rappelle pourtant que sa jurisprudence s'inspire en pareil cas d'un principe fondamental : le caractère raisonnable de la durée d'une procédure s'apprécie en fonction des circonstances particulières de la cause. En l'espèce, elles commandent une évaluation globale, en sorte que la Cour ne croit pas utile d'examiner la question en détail (voir, notamment, les arrêts *Obermeier c. Autriche*, 28 juin 1990, série A n° 179, pp. 23-24, § 72, et *Ferraro c. Italie*, 19 février 1991, série A n° 197-A, pp. 9-10, § 17).

35. La procédure en cause fut ouverte le 7 octobre 1994, date à laquelle le ministère italien de l'Intérieur reçut du tribunal de district de Katowice la demande de la requérante (cette transmission étant la première démarche à effectuer pour que l'affaire fût portée devant une juridiction italienne).

L'instance devant cette juridiction fut ouverte avant le 27 décembre 1996 et la décision de la cour d'appel de Pérouse devint définitive le 2 avril 1999 (paragraphe 15 ci-dessus).

Le 18 décembre 2000, il fut demandé au procureur de Pérouse d'engager la procédure d'exécution. La première procédure n'aboutit pas (paragraphe 17 ci-dessus).

Une nouvelle procédure commença le 10 juillet 2002 (paragraphe 17 ci-dessus).

La Cour estime que l'Italie ne saurait être tenue pour responsable du fait qu'il ait fallu entamer cette nouvelle procédure.

La période à prendre en considération est donc d'au moins huit ans et demi.

36. La Cour considère que l'objet de l'affaire présente un certain degré de complexité. Elle relève toutefois, par exemple, que les autorités

italiennes ont attendu novembre 1996 pour saisir la cour d'appel de Pérouse, et ont attendu du 2 avril 1999 à décembre 2000 pour engager une nouvelle procédure d'exécution.

37. Ayant examiné les faits de la cause à la lumière des observations des parties, et compte tenu de sa jurisprudence, la Cour considère que la durée de la procédure incriminée prise dans son ensemble n'a pas respecté la règle du «délai raisonnable».

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

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

39. 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

40. Par une lettre du 17 octobre 2002, la requérante rappela le retard intervenu dans l'exécution du jugement du tribunal de district de Katowice. Elle s'attendait donc à ce que le gouvernement italien lui allouât une satisfaction équitable.

41. Le Gouvernement est d'avis qu'aucune somme ne devrait être versée à la requérante mais, si la Cour en décidait autrement, le montant devrait être fixé seulement sur la base de la violation de l'article 6 § 1 constatée.

42. La Cour estime que la requérante a souffert un certain préjudice moral dû à la lenteur de la procédure la concernant, préjudice qu'un constat de violation ne saurait suffire à réparer. Au vu des circonstances de l'espèce, et statuant en équité, la Cour alloue à la requérante la somme de 12 000 euros, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt.

B. Intérêts moratoires

43. 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. *Rejette* les exceptions préliminaires du Gouvernement ;
2. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention ;

3. *Dit*

- a) que l'Etat défendeur doit verser 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, 12 000 EUR (douze mille euros) pour dommage moral, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt;
- 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.

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 20 juillet 2004, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

S. DOLLÉ
Greffière

J.-P. COSTA
Président

NIKITIN v. RUSSIA
(Application no. 50178/99)

SECOND SECTION

JUDGMENT OF 20 JULY 2004¹

1. English original.

SUMMARY¹**Application for supervisory review of final acquittal****Article 6 § 1 of the Convention**

Fair trial – Criminal proceedings – Application for supervisory review of final acquittal – Legal certainty – Time-limit for requesting supervisory review – Reopening of criminal case – Effect of reopening on essence of right to a fair trial

Article 4 of Protocol No. 7

Non bis in idem – Application for supervisory review of final acquittal – Final acquittal – Time-limit for requesting supervisory review – Liability to be tried again – Distinction between second prosecution or trial and resumption of previous proceedings – Effect of supervisory review

*
* *

The applicant was charged with espionage. He was acquitted, and in April 2000 the acquittal was upheld by the Supreme Court. In May 2000 the Procurator-General lodged a request with the Presidium of the Supreme Court to review the case in supervisory proceedings. The request was dismissed. The Constitutional Court later declared the provisions permitting re-examination and quashing of an acquittal incompatible with the Constitution, except where there was new evidence or a fundamental defect in the proceedings.

Held

(1) Article 4 of Protocol No. 7: At the material time, domestic law allowed certain officials to challenge a judgment which had become effective on the same grounds as those for an ordinary appeal. With regard to acquittals, the request could be made within one year. If the Presidium had granted the request in the present case, the ensuing ruling would have constituted the only decision in the applicant's case. In other words, the domestic legal system did not seem to regard the acquittal as "final" until the time-limit for requesting supervisory review had expired. On that basis, the decision not to accept the case for supervisory review would have been the final decision and Article 4 of Protocol No. 7 would have had no application, as all the decisions would have related to the same set of proceedings. However, a request for supervisory review of a final judgment was a form of extraordinary appeal, dependent on the discretion of authorised officials, which the Court had not accepted as an effective domestic remedy and which it had found problematic with regard to legal certainty. The Court therefore assumed

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

that the judgment upholding the applicant's acquittal in April 2000 was the "final decision" for the purposes of Article 4 of Protocol No. 7. In view of the rejection of the request for supervisory review, the applicant was not "tried again", but the question remained whether he was "liable to be tried again". In that respect, the Presidium was not empowered to make a new determination on the merits and it appeared that the potential for a resumption of proceedings in the case would have been too remote or indirect to constitute "liability". More importantly, supervisory review could not in any event have given rise to a duplication of criminal proceedings. Article 4 of Protocol No. 7 draws a clear distinction between a second prosecution or trial, which it prohibits, and the resumption of a trial in exceptional circumstances, where new evidence emerges or a fundamental defect in the previous proceedings is discovered. In addition to allowing reopening on such grounds, the domestic law at the time allowed review on grounds of judicial error concerning points of law and procedure. The subject matter remained the same criminal charge and the ultimate effect of supervisory review, if granted, was to annul all previous court decisions and to determine the criminal charge in a new decision. The effect was therefore the same as reopening, as both constituted a form of continuation of the previous proceedings. Supervisory review could thus be regarded as a special type of reopening.

Conclusion: no violation (unanimously).

(2) Article 6 of the Convention: The fact that the institution of supervisory review in the present case was compatible with Article 4 of Protocol No. 7 was not sufficient to establish compliance with Article 6 of the Convention. The Court had previously held that the institution of supervisory review proceedings could give rise to problems of legal certainty, as judgments in civil cases remained open to review indefinitely. The position was different for criminal cases, however, at least as far as acquittal was concerned, since review could only be requested during a period of one year. Moreover, the requirements of legal certainty were not absolute and the possibility of reopening a criminal case was *prima facie* compatible with the Convention. The actual manner in which it was used could impair the very essence of a fair trial but, in the present case, the authorities had not failed to strike a fair balance, in particular taking into account the fact that the Presidium was only deciding whether or not the case should be reopened. As for the proceedings before the Presidium, the applicant could not claim to be a victim of a violation of the Convention, since the outcome was favourable to him, and in any event Article 6 did not apply to proceedings concerning a request to reopen a case.

Conclusion: no violation (unanimously).

Case-law cited by the Court

X v. Austria, no. 7761/77, Commission decision of 8 May 1978, Decisions and Reports 14

Ruiz Mateos and Others v. Spain, no. 24469/94, Commission decision of 2 December 1994, Decisions and Reports 79-B

Gradinger v. Austria, judgment of 23 October 1995, Series A no. 328-C

Oliveira v. Switzerland, judgment of 30 July 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-V

Tumilovich v. Russia (dec.), no. 47033/99, 22 June 1999

Brunărescu v. Romania [GC], no. 28342/95, ECHR 1999-VII
Ryabykh v. Russia, no. 52854/99, ECHR 2003-IX
Voloshchuk v. Ukraine (dec.), no. 51394/99, 14 October 2003
Berdzenishvili v. Russia (dec.), no. 31697/03, ECHR 2004-II
Sardin v. Russia (dec.), no. 69582/01, ECHR 2004-II

In the case of Nikitin v. Russia,

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

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

Mr A.B. BAKA,

Mr L. LOUCAIDES,

Mr K. JUNGWIERT,

Mr V. BUTKEVYCH,

Mr M. UGREKHELIDZE,

Mr A. KOVLER, *judges*,

and Mrs S. DOLLÉ, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 13 November 2003 and 29 June 2004,

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

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 50178/99) against the Russian Federation lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Russian national, Mr Aleksandr Konstantinovich Nikitin (“the applicant”), on 18 July 1999.

2. The Russian Government (“the Government”) were represented by Mr P. Laptev, Representative of the Russian Federation at the European Court of Human Rights.

3. The applicant alleged that the supervisory review proceedings conducted after his final acquittal constituted a violation of his right to a fair trial and a violation of his right not to be tried again in criminal proceedings for an offence of which he had been finally acquitted.

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 13 November 2003, the Chamber declared the application partly admissible.

6. 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

7. The applicant was born in 1952 and lives in St Petersburg.

8. In February 1995 the applicant, a former naval officer, joined an environmental project conducted by Bellona, a Norwegian non-governmental organisation, to work on a report entitled “The Russian Northern Fleet – Sources of Radioactive Contamination” (“the report”).

9. On 5 October 1995 Bellona’s Murmansk office was searched by the Federal Security Service (*ФСБ РФ* – “the FSB”). The FSB seized the draft report, interrogated the applicant and instituted criminal proceedings on suspicion of treason, since the draft report allegedly contained information, classified as officially secret, concerning accidents on Russian nuclear submarines.

10. On 20 October 1998 the applicant’s trial on a charge of treason through espionage and a charge of aggravated disclosure of an official secret began before St Petersburg City Court. After four days of hearings, the case was remitted for further investigation on 29 October 1998. The court considered that the indictment was vague, which impaired the applicant’s defence and prevented the court from carrying out an examination on the merits. It also found that the investigation file left open the question whether the report contained any official secrets as such, and that it did not contain a “proper and complete” expert evaluation of possible public sources of the information in question or of the estimated damage. The court ordered the prosecution to conduct an additional expert examination into the possibility that the applicant had obtained the disputed information from public sources and to take other steps to complete the investigation.

11. On 3 November 1998 the prosecution appealed against this decision, claiming that the case was clear enough for determination by a court and that there was no need for further investigation.

12. On 4 February 1999 the order for further investigation was upheld by the Supreme Court of the Russian Federation (“the Supreme Court”).

13. On 23 November 1999 the St Petersburg City Court resumed the applicant’s trial on the same charges.

14. On 29 December 1999 the St Petersburg City Court acquitted the applicant on all the charges, having found that the applicant had been prosecuted on the basis of secret and retroactive decrees.

15. The prosecution appealed.

16. On 17 April 2000 the Supreme Court upheld the acquittal. The court found that the charges were based on secret and retroactive decrees which were incompatible with the Constitution. The acquittal thus became final.

17. On 30 May 2000 the Procurator General filed a request with the Presidium of the Supreme Court to review the case in supervisory proceedings (*протест на приговор, вступивший в законную силу*). He challenged the judgment on the grounds of wrongful application of the law governing official secrets, the vagueness of the indictment – which had led to procedural prejudice against the applicant – and other defects in the criminal investigation, in particular the lack of an expert report as to whether the disputed information had originated from public sources. He called for a reassessment of the applicable law and of the facts and evidence in the case file, and for the case’s remittal for fresh investigation.

18. On 13 September 2000 the Presidium of the Supreme Court dismissed the Procurator General’s request and upheld the acquittal. While it acknowledged that the investigation had been tainted with flaws and shortcomings, it found that the prosecution could not rely on them in calling for a remittal, as it had been entirely within the prosecution’s control to redress them at an earlier stage in the proceedings. Moreover, the Presidium pointed out that the investigation authority had earlier been required to remedy exactly the same defects as those relied on in the request to quash the acquittal. It observed that on 29 October 1998 the court had expressly instructed the investigating authority, *inter alia*, to conduct a study of information in the public domain in order to ascertain whether the applicant could have obtained the disputed data from public sources.

19. On 17 July 2002 the Constitutional Court of the Russian Federation examined the applicant’s challenge to the laws which allowed supervisory review of a final acquittal.

20. In its ruling of the same date, the Constitutional Court declared incompatible with the Constitution the legislative provisions permitting the re-examination and quashing of an acquittal on the grounds of a prejudicial or incomplete investigation or court hearing or on the ground of inaccurate assessment of the facts of the case, save in cases where new evidence had emerged or there had been a fundamental defect in the previous proceedings.

21. The Constitutional Court’s judgment stated, *inter alia*:

“... Article 4 of Protocol No. 7 to the Convention provides that the right not to be tried or punished twice does not prevent the reopening of the case in accordance with the law and criminal procedure of the State concerned, if there is evidence of new or newly discovered facts, or if there has been a fundamental defect in the previous proceedings, which could affect the outcome of the case.

It follows ... that, subject to the above requirements, the national legislation may provide for a system by which a case may be reopened and a final judgment be quashed, and may specify where, depending on the case, a procedure for reopening on the grounds of new or newly discovered evidence or a supervisory review should apply.

Any exemption from the general prohibition on resuming proceedings to the detriment of the acquitted or convicted person may be justified only in exceptional circumstances, where a failure to rectify a miscarriage of justice would undermine the very essence of justice and the purpose of a verdict as a judicial act and would upset the required balance between the constitutionally protected values involved, including the rights and legitimate interests of convicted persons and those of the victims of crime. In the absence of any possibility of reversing a final judgment resulting from proceedings tainted by a fundamental defect that was crucial for the outcome of the case, an erroneous judgment of this type would continue to have effect notwithstanding the principle of general fairness ... and the principle of judicial protection of fundamental rights and freedoms.

3.2. Under the [Constitution and the Convention] any possibility provided for at national level of quashing a final judgment and reviewing a criminal case must be subject to strict conditions and criteria clearly defining the grounds for such review, given that the judgment concerned is already binding and determinative of the individual's guilt and sentence.

However, the grounds for review of final judgments provided for in the Code of Criminal Procedure [of 1960] go beyond these limits. When establishing a procedure for the review of final convictions and, especially, acquittals ... definite grounds should have been formulated to ensure that such a procedure would be implemented with sufficient distinctness, precision and clarity to exclude its arbitrary application by the courts. In failing to do so, [the legislature] misapplied the criteria which derive from [the Constitution] and Article 4 of Protocol No. 7 to the Convention for the quashing of final judgments in criminal cases ...

Furthermore, [the power] of a supervisory instance to remit a case for fresh investigation where it concludes, through its own assessment of evidence, that the previous investigation has been prejudicial or incomplete, is incompatible with the constitutional principles of criminal procedure and with the Constitutional Court's jurisprudence, in that it gives the prosecution an unfair advantage by providing it with additional opportunities to establish guilt even after the relevant judgment has become operative. It follows that a court of supervisory instance cannot quash a final acquittal only on the ground of its being unfounded ... Accordingly, the prosecutor is not entitled to request the supervisory review of such a judgment on the ground that it is unfounded ..."

II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND OTHER MATERIALS

A. Applicable legislation

22. Section VI, Chapter 30, of the 1960 Code of Criminal Procedure (*Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР*) in force at the material time allowed certain officials to challenge a judgment which had become effective and to have the case reviewed on points of law and procedure. The supervisory review procedure (Articles 371-83 of the Code) is distinct from proceedings in which a case is reviewed in the light of newly established facts (Articles 384-90). However, similar rules apply to both procedures (Article 388).

1. Date on which a judgment becomes effective

23. Under the terms of Article 356 of the Code of Criminal Procedure, a judgment takes effect and is enforceable from the date on which the appeal court renders its decision or, if no appeal has been lodged, once the time-limit for appeal has expired.

2. Grounds for supervisory review and reopening of a case

Article 379

Grounds for setting aside judgments which have become effective

“The grounds for quashing or varying a judgment [on supervisory review] are the same as [those for setting aside judgments (which have not taken effect) on appeal] ...”

Article 342

Grounds for quashing or varying judgments [on appeal]

“The grounds for quashing or varying a judgment on appeal are as follows:

- (i) prejudicial or incomplete investigation or pre-trial or court examination;
- (ii) inconsistency between the facts of the case and the conclusions reached by the court;
- (iii) a grave violation of procedural law;
- (iv) misapplication of [substantive] law;
- (v) discrepancy between the sentence and the seriousness of the offence or the convicted person’s personality.”

Article 384

Grounds for reopening cases due to new circumstances

“Judgments, decisions and rulings which have become effective may be set aside on account of newly discovered circumstances.

The grounds for reopening a criminal case are as follows:

- (i) with regard to a judgment which has become effective, the establishment of false witness testimony or false expert opinion; forgery of evidence, investigation records, court records or other documents; or an indisputably erroneous translation which has entailed the pronouncement of an unfounded or unlawful judgment;
- (ii) with regard to a judgment which has become effective, the establishment of criminal abuse of their powers by judges when examining the case;
- (iii) with regard to a judgment which has become effective, the establishment of criminal abuse of their powers by investigation officers dealing with the case, where this has entailed the pronouncement of an unfounded or unlawful judgment or a decision to terminate the prosecution;
- (iv) other circumstances, unknown to the court at the time when the case was examined, which, alone or combined with other previously established facts, prove a convicted person’s innocence or the commission by him or her of an offence which is

more or less serious than that of which he or she was convicted, or which prove the guilt of a person who was acquitted or whose prosecution was terminated.”

3. Authorised officials

24. Article 371 of the Code of Criminal Procedure provided that the power to lodge a request for a supervisory review could be exercised by the Procurator General, the President of the Supreme Court of the Russian Federation or their respective deputies in relation to any judgment other than those of the Presidium of the Supreme Court, and by the presidents of the regional courts in respect of any judgment of a regional or subordinate court. A party to criminal or civil proceedings could solicit the intervention of those officials for a review.

4. Limitation period

25. Article 373 of the Code of Criminal Procedure set a limitation period of one year during which a request calling for the supervisory review of an acquittal could be brought by an authorised official. The period ran from the date on which the acquittal took effect.

5. The effect of a supervisory review on acquittals

26. Under Articles 374, 378 and 380 of the Code of Criminal Procedure, a request for supervisory review was to be considered by the judicial board (the Presidium) of the competent court. The court could examine the case on the merits and was not bound by the scope and grounds of the request for supervisory review.

27. The Presidium could dismiss or grant the request. If it dismissed the request, the earlier judgment remained in force. If it granted the request, the Presidium could decide to quash the judgment and terminate the criminal proceedings, to remit the case for a new investigation, to order a fresh court examination at any instance, to uphold a first-instance judgment reversed on appeal, or to vary or uphold any of the earlier judgments.

28. Article 380 §§ 2 and 3 provided that the Presidium could, in the same proceedings, reduce a sentence or amend the legal classification of a conviction or sentence to the defendant’s advantage. If it found a sentence or legal classification to be too lenient, it was obliged to remit the case for a new examination.

29. On 1 July 2002 a new Code of Criminal Procedure came into force. Under Article 405, the application of supervisory review is limited to those cases where it does not involve changes that would be detrimental to the convicted person. Acquittals and decisions to discontinue the proceedings may not be the subject of a supervisory review.

B. Relevant materials

30. On 19 January 2000, at the 694th meeting of the Ministers' Deputies, the Committee of Ministers of the Council of Europe adopted Recommendation No. R (2000) 2 on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgments of the European Court of Human Rights. The recommendation encouraged the Contracting Parties to examine their national legal systems with a view to ensuring that there existed adequate possibilities to re-examine the case, including the reopening of proceedings, in instances where the Court had found a violation of the Convention.

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 4 OF PROTOCOL No. 7 TO THE CONVENTION

31. The applicant contended that the supervisory review proceedings which took place after his final acquittal constituted a violation of his right not to be tried again in criminal proceedings for an offence of which he had been finally acquitted. He alleged that, at the least, he was liable to be tried again on the same charges, since the very fact of the Procurator General's lodging a request for supervisory review created the potential for a new prosecution. He relied on Article 4 of Protocol No. 7 to the Convention, the relevant parts of which provide:

"1. No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State.

2. The provisions of the preceding paragraph shall not prevent the reopening of the case in accordance with the law and penal procedure of the State concerned, if there is evidence of new or newly discovered facts, or if there has been a fundamental defect in the previous proceedings, which could affect the outcome of the case.

..."

A. The parties' submissions

32. The Government considered that, for the purposes of Article 4 of Protocol No. 7, the supervisory review proceedings did not constitute a second trial. They contended that the domestic law at the material time did not permit the supervisory instance to convict the applicant, but only to quash the previous judgments and to remit the case for fresh examination in adversarial proceedings. In support of their position, they referred to the Constitutional Court's ruling of 17 July 2002 in the

applicant's case. The Government submitted that the applicant's acquittal could not be said to have been invalidated or suspended at any time, given that the Procurator General's request was dismissed by the Presidium.

33. The Government further pointed out that, following the recent change in the legislation, final acquittals could no longer be challenged by way of supervisory review, and other judgments could not be challenged by way of supervisory review if they would be detrimental to a convicted person.

34. The applicant contested the Government's position and submitted that, contrary to the *non bis in idem* principle, the Procurator General's request had made him liable to be tried again for an offence of which he had been finally acquitted. Although the outcome remained unchanged, he had effectively been prosecuted twice for the same offence. He claimed that the supervisory review was not justified as an exceptional reopening – permitted by the second paragraph of Article 4 of Protocol No. 7 – because the Presidium had established no fundamental defect in previous proceedings which would require a re-examination of the case.

B. The Court's assessment

35. The Court notes that the protection against duplication of criminal proceedings is one of the specific safeguards associated with the general guarantee of a fair hearing in criminal proceedings. It reiterates that the aim of Article 4 of Protocol No. 7 is to prohibit the repetition of criminal proceedings that have been concluded by a final decision (see, among other authorities, *Gradinger v. Austria*, judgment of 23 October 1995, Series A no. 328-C, p. 65, § 53). The Court further notes that the repetitive aspect of trial or punishment is central to the legal problem addressed by Article 4 of Protocol No. 7. In *Oliveira v. Switzerland* (judgment of 30 July 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-V), the fact that the penalties in the two sets of proceedings were not cumulative was relevant to the finding that there was no violation of the provision where two sets of proceedings were brought in respect of a single act (p. 1998, § 27).

36. Turning to the supervisory review of an acquittal conducted in circumstances such as the present case, the Court will first determine what elements, if any, of Article 4 of Protocol No. 7 are to be found in such proceedings. For this purpose, it will have regard to the following aspects:

– whether there had been a “final” decision before the supervisory instance intervened, or whether the supervisory review was an integral part of the ordinary procedure and itself provided a final decision;

- whether the applicant was “tried again” in the proceedings before the Presidium; and
- whether the applicant became “liable to be tried again” by virtue of the Procurator General’s request.

Finally, the Court will consider whether, in the circumstances of the case, the supervisory review could in principle have given rise to any form of duplication of the criminal proceedings, contrary to the protection afforded by Article 4 of Protocol No. 7.

1. Whether the applicant had been “finally acquitted” prior to the supervisory review

37. According to the explanatory report to Protocol No. 7, which itself refers back to the European Convention on the International Validity of Criminal Judgments, a “decision is final ‘if, according to the traditional expression, it has acquired the force of *res judicata*. This is the case when it is irrevocable, that is to say when no further ordinary remedies are available or when the parties have exhausted such remedies or have permitted the time-limit to expire without availing themselves of them’”.

38. The Court notes that the procedural law at the time allowed certain officials to challenge a judgment which had taken effect. The grounds for supervisory review were the same as for lodging an ordinary appeal. With regard to acquittals, the request for supervisory review could be lodged within one year of the judgment’s taking effect. Assuming that the Presidium granted the Procurator General’s request and that the proceedings were relaunched, the ensuing ruling would still constitute the only decision in the applicant’s criminal case, with no other decision remaining concurrently in force, and that decision would be “final”. Thus, it appears that the domestic legal system in Russia at the time did not regard decisions such as the acquittal in the present case as “final” until the time-limit for making an application for supervisory review had expired. On that basis, the decision by the Presidium of the Supreme Court on 13 September 2000 not to accept the case for supervisory review would be the “final” decision in the case. On such an interpretation, Article 4 of Protocol No. 7 would have no application whatsoever in the present case, as all the decisions before the Court related to the same single set of proceedings.

39. However, the Court reiterates that a supervisory request for annulment of a final judgment is a form of extraordinary appeal in that it is not directly accessible to the defendant in a criminal case, and its application depends on the discretion of authorised officials. The Court has, for example, not accepted that supervisory review is an effective domestic remedy in either the civil or the criminal contexts (see *Tumilovich v. Russia* (dec.), no. 47033/99, 22 June 1999, and *Berdzenishvili v. Russia* (dec.),

no. 31697/03, ECHR 2004-II), and it has found that the quashing of a judgment on supervisory review can create problems as to the legal certainty to be afforded to the initial judgment (see *Brumărescu v. Romania* [GC], no. 28342/95, § 62, ECHR 1999-VII, and *Ryabykh v. Russia*, no. 52854/99, §§ 56-58, ECHR 2003-IX). The Court will therefore assume in the following paragraphs that the appeal judgment of 17 April 2000, by which the applicant's acquittal became final on that same date, was the "final decision" for the purposes of Article 4 of Protocol No. 7.

2. *Whether the applicant was "tried again" in the proceedings before the Presidium*

40. The Court observes that the Procurator General's request for supervisory review of the acquittal was examined by the Presidium. Its determination was limited, at that stage, to the question whether to grant the request for supervisory review. In the circumstances of the present case, the Presidium did not accept the application for review, and the final decision remained that of 17 April 2000.

41. It follows that the applicant was not "tried again" within the meaning of Article 4 § 1 of Protocol No. 7 in the proceedings by which the Presidium of the Supreme Court rejected the Procurator General's request for supervisory review of the applicant's acquittal.

3. *Whether the applicant was "liable to be tried again"*

42. The Court has further considered whether the applicant was "liable to be tried again", as he alleged. It notes that, had the request been granted, the Presidium would have been required, by Article 380 of the Code of Criminal Procedure in force at the time, to choose one of the options set out in paragraph 27 above. Importantly, the Presidium was not empowered to make a new determination on the merits in the same proceedings, but merely to decide whether or not to grant the Procurator General's request.

43. It appears therefore that the potential for resumption of proceedings in this case would have been too remote or indirect to constitute "liability" for the purposes of Article 4 § 1 of Protocol No. 7.

44. Although the elements discussed in paragraphs 40 to 43 above are in themselves sufficient to demonstrate that supervisory review in this case did not lead to a violation of Article 4 of Protocol No. 7, the Court notes that there exists a substantive, and thus more important, reason to reach the same conclusion. It considers that the crucial point in this case is that supervisory review could not in any event have given rise to a duplication of criminal proceedings, within the meaning of Article 4 § 1 of Protocol No. 7, for the following reasons.

45. The Court observes that Article 4 of Protocol No. 7 draws a clear distinction between a second prosecution or trial, which is prohibited by the first paragraph of that Article, and the resumption of a trial in exceptional circumstances, which is provided for in its second paragraph. Article 4 § 2 of Protocol No. 7 expressly envisages the possibility that an individual may have to accept prosecution on the same charges, in accordance with domestic law, where a case is reopened following the emergence of new evidence or the discovery of a fundamental defect in the previous proceedings.

46. The Court notes that the Russian legislation in force at the material time permitted a criminal case in which a final decision had been given to be reopened on the grounds of new or newly discovered evidence or a fundamental defect (Articles 384-90 of the Code of Criminal Procedure). This procedure obviously falls within the scope of Article 4 § 2 of Protocol No. 7. However, the Court notes that, in addition, a system also existed which allowed the review of a case on the grounds of a judicial error concerning points of law and procedure (supervisory review, which is governed by Articles 371-83 of the Code of Criminal Procedure). The subject matter of such proceedings remained the same criminal charge and the validity of its previous determination. If the request was granted and the proceedings were resumed for further consideration, the ultimate effect of supervisory review would be to annul all decisions previously taken by courts and to determine the criminal charge in a new decision. To this extent, the effect of supervisory review is the same as reopening, because both constitute a form of continuation of the previous proceedings. The Court therefore concludes that for the purposes of the *non bis in idem* principle supervisory review may be regarded as a special type of reopening falling within the scope of Article 4 § 2 of Protocol No. 7.

47. The applicant's argument that the supervisory review was unnecessary and amounted to an abuse of process is not relevant to the question of compliance with Article 4 of Protocol No. 7: the manner in which the power was exercised is relative to the overall fairness of criminal proceedings, but cannot be decisive for the purpose of identifying the procedure as a "reopening" as opposed to a "second trial". On the facts of the present case, the proceedings aimed at securing a supervisory review were an attempt to have the proceedings reopened rather than an attempted "second trial".

48. Finally, the Court notes that the conformity with the requirement of lawfulness under Article 4 § 2 of Protocol No. 7 is undisputed in the present case.

49. The Court concludes that the applicant was not liable to be tried or punished again within the meaning of Article 4 § 1 of Protocol No. 7 to the Convention, and that accordingly there has been no violation of that provision.

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

50. The applicant maintained that the supervisory review proceedings conducted after his final acquittal constituted a violation of his right to a fair trial. He relied on Article 6 § 1 of the Convention, the relevant part of which provides:

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

A. The parties' submissions

51. In their post-admissibility submissions, the Government stated that the supervisory review proceedings did not constitute a new examination of the applicant's criminal charge because the request to quash the acquittal lodged by the Procurator General had been dismissed by the Presidium of the Supreme Court without examining the merits. They informed the Court that, just as Article 380 § 2 of the Code of Criminal Procedure prohibited the Presidium from increasing a sentence or changing a legal classification to a more serious one without remitting the case for new examination, the Presidium itself was unable to replace an acquittal with a conviction while simultaneously granting the request for reopening. They also claimed that, since the supervisory review proceedings had no adverse impact on the applicant's final acquittal, they could not have constituted a violation of the applicant's right to a fair hearing within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention.

52. The Government pointed out that the supervisory review in the present case had been conducted in accordance with the procedure prescribed by law. In particular, the Procurator General's request had been lodged within one year of the acquittal taking effect.

53. The applicant disputed those submissions and maintained that the very possibility of challenging the final and enforceable acquittal had violated his right to a fair trial. He stated that, although the supervisory review had complied with the formal requirements imposed by law at the material time, it had not been necessary. He claimed that, in the circumstances of the case, the Procurator General's call for supervisory review proceedings had clearly been an abuse of process and incompatible with the Convention principles.

B. The Court's assessment

54. The Court has found above that the supervisory review in this case was compatible with the *non bis in idem* principle enshrined in Article 4 of Protocol No. 7, which is itself one aspect of a fair trial. The mere fact that the institution of supervisory review as applied in the present case was

compatible with Article 4 of Protocol No. 7 is not, however, sufficient to establish compliance with Article 6 of the Convention. The Court must determine its compatibility with Article 6 independently of its conclusion under Article 4 of Protocol No. 7.

55. In particular, the Court reiterates that it has previously held that the institution of supervisory review can give rise to problems of legal certainty, as judgments in civil cases remained open to review indefinitely, on relatively minor grounds (see *Brumărescu* and *Ryabykh*, both cited above). The position regarding criminal cases is somewhat different, at least in so far as acquittals are concerned, as a review could only be requested during a period of one year following the date of the acquittal in question.

56. Moreover, the Court observes that the requirements of legal certainty are not absolute. In criminal cases, they must be assessed in the light of, for example, Article 4 § 2 of Protocol No. 7, which expressly permits a State to reopen a case due to the emergence of new facts, or where a fundamental defect is detected in the previous proceedings, which could affect the outcome of the case. The possibility of re-examining or reopening cases was also considered by the Committee of Ministers as a guarantee of restitution, particularly in the context of the execution of the Court's judgments. In its Recommendation No. R (2000) 2 on the re-examination or reopening of certain cases at the domestic level following judgments of the European Court of Human Rights, it urged member States to ensure that their domestic legal systems provided for a procedure whereby a case could be re-examined or reopened.

57. The mere possibility of reopening a criminal case is therefore *prima facie* compatible with the Convention, including the guarantees of Article 6. However, certain special circumstances of the case may reveal that the actual manner in which it was used impaired the very essence of a fair trial. In particular, the Court has to assess whether, in a given case, the power to launch and conduct a supervisory review was exercised by the authorities so as to strike, to the maximum extent possible, a fair balance between the interests of the individual and the need to ensure the effectiveness of the system of criminal justice.

58. The Court attaches particular weight to the argument that, in the applicant's case, the Presidium was indeed only deciding the question whether the case was to be reopened or not. Had it quashed the acquittal, this would necessarily have entailed a separate set of adversarial proceedings on the merits before the competent courts. The decision by the Presidium thus marked a procedural step which was no more than a precondition to a new determination of the criminal charge. The Court notes that the Presidium of the Supreme Court dismissed the Procurator General's request, having found that it relied on defects which it had been entirely within the prosecution's control to redress before, not after, the final judgment. The Procurator General's request could itself be

criticised as being arbitrary and an abuse of process. However, it had no decisive impact on the fairness of the procedure for reopening as a whole, which was primarily a matter for the Presidium's deliberation (see, *mutatis mutandis*, *Voloshchuk v. Ukraine* (dec.), no. 51394/99, 14 October 2003, and *Sardin v. Russia* (dec.), no. 69582/01, ECHR 2004-II). Accordingly, the arbitrariness of the Procurator General's request for a reopening could not be, and was not, prejudicial for the determination of the criminal charges in the present case.

59. The Court concludes that the authorities conducting the supervisory review in the present case did not fail to strike a fair balance between the interests of the applicant and the need to ensure the proper administration of justice.

60. As to the proceedings before the Presidium of the Supreme Court, their outcome was favourable to the applicant and he cannot therefore claim to be a victim of a violation of his right to a fair hearing in respect of those proceedings. Moreover, according to the established case-law of the Convention organs, Article 6 does not apply to proceedings concerning a failed request to reopen a case. Only the new proceedings, after the reopening has been granted, can be regarded as concerning the determination of a criminal charge (see, *inter alia*, *X v. Austria*, no. 7761/77, Commission decision of 8 May 1978, Decisions and Reports (DR) 14, p. 171 at p. 174, and *Ruiz Mateos and Others v. Spain*, no. 24469/94, Commission decision of 2 December 1994, DR 79-B, p. 141).

61. Accordingly, the Court finds no violation of Article 6 § 1 of the Convention.

FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

1. *Holds* that there has been no violation of Article 4 of Protocol No. 7 to the Convention;
2. *Holds* that there has been no violation of Article 6 § 1 of the Convention.

Done in English, and notified in writing on 20 July 2004, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

S. DOLLÉ
Registrar

J.-P. COSTA
President

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

J.-P.C.
S.D.

CONCURRING OPINION OF JUDGE LOUCAIDES

I have voted with the majority that there has been no violation of Article 4 of Protocol No. 7 and Article 6 § 1 of the Convention in this case. However, the reasons for my finding as regards the applicant's complaint under Article 4 of Protocol No. 7 are different from those of the majority. In my opinion, the applicant was not a victim in respect of this complaint.

In order to examine the merits of the complaints in question, we should first be satisfied that the applicant was either tried or prosecuted (see *Zigarella v. Italy* (dec.), no. 48154/99, ECHR 2002-IX) through, or as a result of, the request by the Procurator General to the Presidium of the Supreme Court that the case be reviewed in supervisory proceedings.

However, the Presidium of the Supreme Court dismissed the Procurator General's request, with the result that no supervisory proceedings against the applicant ever took place. In the circumstances, I do not see how the applicant can be considered a victim as regards his complaint that supervisory review proceedings took place after his final acquittal, and that such proceedings constituted a violation of his right not to be tried again in criminal proceedings for an offence of which he had been finally acquitted.

In other words, the Procurator General's request for a review of the case having been dismissed, one cannot speak of any commencement or recommencement of prosecution or trial of the applicant.

It is true that Article 4 of Protocol No. 7 refers to the right not to be "liable to be tried or punished again ... for an offence ..." (emphasis added). However, in my opinion, no one can be considered "liable" to be tried or prosecuted, in any real sense, for an offence unless all the necessary legal prerequisites for that trial or prosecution, according to the relevant national legal system, are satisfied. In this case, one of the essential prerequisites for the further trial or prosecution of the applicant, at the material time, was approval of the Procurator General's request for review of the case, a condition that was not satisfied.

Moreover, since his acquittal, the applicant has not faced any other charge in whatever form. In the absence of such measures, I do not see how he could be considered as having been "liable" to prosecution for the purposes of Article 4 of Protocol No. 7, unless we stretch the concept of "prosecution" beyond its normal or established meaning.

NIKITINE c. RUSSIE
(*Requête n° 50178/99*)

DEUXIÈME SECTION

ARRÊT DU 20 JUILLET 2004¹

1. Traduction; original anglais.

SOMMAIRE¹**Recours en révision d'une décision définitive d'acquiescement****Article 6 § 1 de la Convention**

Procès équitable – Procédure pénale – Recours en révision d'une décision définitive d'acquiescement – Sécurité juridique – Délai d'exercice du recours en révision – Réouverture d'une affaire pénale – Effet de la réouverture sur la substance du droit à un procès équitable

Article 4 du Protocole n° 7

Non bis in idem – Recours en révision d'une décision définitive d'acquiescement – Acquiescement définitif – Délai d'exercice du recours en révision – Exposition à de nouvelles poursuites – Distinction entre renouvellement des poursuites ou du procès et reprise d'une procédure antérieure – Effet de la révision

*
* *

Le requérant fut accusé d'espionnage. L'acquiescement dont il bénéficia fut confirmé par la Cour suprême en avril 2000. En mai 2000, le procureur général requit du présidium de la Cour suprême le réexamen de l'affaire dans le cadre de la procédure de révision. Cette requête fut rejetée. La Cour constitutionnelle déclara par la suite contraires à la Constitution les dispositions qui permettaient le réexamen et l'annulation de décisions d'acquiescement, sauf en cas de découverte d'éléments nouveaux ou de vice fondamental ayant entaché la procédure.

1. Article 4 du Protocole n° 7: le droit interne en vigueur à l'époque pertinente habitait certains fonctionnaires à contester les décisions judiciaires passées en force de chose jugée en invoquant des motifs identiques à ceux pour lesquels l'appel était autorisé. En ce qui concerne les verdicts d'acquiescement, pareil recours pouvait être exercé pendant un an. En l'espèce, si le présidium avait accueilli le recours en question, le jugement auquel aurait abouti la procédure subséquente aurait constitué la seule décision sur les poursuites dirigées contre l'intéressé. En d'autres termes, il apparaît que l'ordre juridique interne ne considérerait pas les décisions d'acquiescement comme « définitives » avant l'expiration du délai prévu pour former un recours en révision. Alors, le rejet de la demande de réexamen de l'affaire devrait être vu comme le « jugement définitif » en l'espèce et l'article 4 du Protocole n° 7 ne trouverait pas à s'appliquer dans la mesure où tous les jugements intervenus dans cette affaire se rattacherait à la même procédure.

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

Toutefois, la révision d'une décision passée en force de chose jugée s'analyse en un recours extraordinaire laissé à la discrétion des fonctionnaires compétents en la matière. Or la Cour refuse de tenir pareille instance pour une voie de recours interne effective et l'estime de nature à susciter des difficultés au regard du principe de sécurité juridique. Elle considère dès lors que le « jugement définitif » aux fins de l'article 4 du Protocole n° 7 est celui qui a confirmé l'acquiescement de l'intéressé en avril 2000. Le recours en révision ayant été rejeté, le requérant n'a pas été une nouvelle fois « poursuivi ». Il reste cependant à rechercher s'il a été exposé à de nouvelles poursuites. A cet égard, le présidium n'avait pas le pouvoir de rendre une nouvelle décision au fond, de sorte que l'éventualité d'une réouverture de la procédure était en l'espèce trop lointaine ou indirecte pour que l'on puisse dire que le requérant a été exposé à de nouvelles poursuites. Qui plus est, la procédure de révision ne pouvait en aucun cas donner lieu au renouvellement de poursuites pénales. L'article 4 du Protocole n° 7 établit une nette distinction entre le renouvellement des poursuites ou du procès – qu'il interdit – et la réouverture du procès en raison de circonstances exceptionnelles tenant à l'apparition de faits nouveaux ou à la découverte d'un vice fondamental dans la procédure précédente. Le droit russe en vigueur à l'époque pertinente autorisait la réouverture de l'instance pour ces motifs et permettait de surcroît la révision des décisions entachées d'erreurs ayant trait à des questions de droit ou de procédure. Le recours en révision portait sur les mêmes accusations que celles à l'origine de la décision qu'il visait et, dans le cas où il était accueilli, donnait lieu à une instance ayant pour effet ultime d'annuler toutes les décisions judiciaires précédentes ainsi que de statuer sur les accusations en question par une nouvelle décision. La révision et la réouverture de l'affaire avaient donc des effets identiques puisqu'il s'agissait dans les deux cas de dispositifs autorisant la reprise de la procédure précédente. L'instance en révision peut dès lors être considérée comme un type particulier de réouverture de la procédure.

Conclusion : non-violation (unanimité).

2. Article 6 de la Convention : le fait que l'ouverture d'une instance de révision ait en l'espèce été compatible avec l'article 4 du Protocole n° 7 ne suffit pas à en établir la conformité à l'article 6 de la Convention. Selon la jurisprudence de la Cour, pareille procédure est de nature à susciter des difficultés touchant à la sécurité juridique des décisions rendues en matière civile dans la mesure où celles-ci sont indéfiniment susceptibles de faire l'objet d'un réexamen. Il en va toutefois différemment en matière pénale, à tout le moins en ce qui concerne les décisions d'acquiescement, dans la mesure où le délai pendant lequel leur révision peut être demandée n'excède pas un an. En outre, l'exigence de sécurité juridique n'est pas absolue et la possibilité de rouvrir une procédure pénale est à première vue compatible avec la Convention. Si la manière dont cette faculté est concrètement utilisée peut porter atteinte à la substance même du procès équitable, les autorités n'ont pas manqué, en l'espèce, à leur obligation de ménager un juste équilibre entre les intérêts en présence, compte tenu en particulier du fait que le présidium s'est borné à statuer sur la question de l'opportunité de la réouverture de l'affaire. L'issue de la procédure suivie devant le présidium ayant été favorable au requérant et l'article 6 ne s'appliquant en aucun cas à l'instance relative à une demande de réouverture d'une affaire, l'intéressé ne peut se prétendre victime à cet égard d'une violation de la Convention.

Conclusion : non-violation (unanimité).

Jurisprudence citée par la Cour

X c. Autriche, n° 7761/77, décision de la Commission du 8 mai 1978, Décisions et rapports 14

Ruiz Mateos et autres c. Espagne, n° 24469/94, décision de la Commission du 2 décembre 1994, Décisions et rapports 79-A

Gradinger c. Autriche, arrêt du 23 octobre 1995, série A n° 328-C

Oliveira c. Suisse, arrêt du 30 juillet 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-V

Toumilovitch c. Russie (déc.), n° 47033/99, 22 juin 1999

Brumărescu c. Roumanie [GC], n° 28342/95, CEDH 1999-VII

Riabykh c. Russie, n° 52854/99, CEDH 2003-IX

Volochtchouk c. Ukraine (déc.), n° 51394/99, 14 octobre 2003

Berdzenichvili c. Russie (déc.), n° 31697/03, CEDH 2004-II

Sardine c. Russie (déc.), n° 69582/01, CEDH 2004-II

En l'affaire Nikitine c. Russie,

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

MM. J.-P. COSTA, *président*,

A.B. BAKA,

L. LOUCAIDES,

K. JUNGWIERT,

V. BUTKEVYCH,

M. UGREKHELDZE,

A. KOVLER, *juges*,

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

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 13 novembre 2003 et le
29 juin 2004,

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

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 50178/99) dirigée
contre la Fédération de Russie et dont un ressortissant de cet Etat,
M. Alexandre Konstantinovitch Nikitine (« le requérant »), a saisi la Cour
le 18 juillet 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 gouvernement russe (« le Gouvernement ») est représenté par
M. P. Laptev, représentant de la Fédération de Russie devant la Cour
européenne des Droits de l'Homme.

3. Le requérant voit dans la procédure de révision engagée après son
acquiescement définitif une violation de son droit à un procès équitable et
de son droit à ne pas être poursuivi pénalement une nouvelle fois en raison
d'une infraction pour laquelle il avait été définitivement acquitté.

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 13 novembre 2003, la chambre a déclaré la
requête partiellement recevable.

6. Tant le requérant que le Gouvernement ont déposé des observa-
tions 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 du règlement), chacune des parties a soumis des commentaires
écrits sur les observations de l'autre.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

7. Le requérant est né en 1952 et réside à Saint-Pétersbourg.

8. En février 1995, l'intéressé, ancien officier de la marine nationale, s'associa à un projet écologique dirigé par Bellona, une organisation non gouvernementale norvégienne, pour travailler sur un rapport intitulé «La flotte russe du Nord: les sources de la pollution radioactive» («le rapport»).

9. Le 5 octobre 1995, le bureau de Bellona à Mourmansk fut perquisitionné par le service fédéral de sécurité (*ФСБ РФ*, «le FSB»). Celui-ci saisit le projet de rapport, interrogea le requérant et engagea à son encontre des poursuites pénales pour trahison, au motif que le document en question aurait contenu des informations classées secrets d'Etat sur des accidents ayant impliqué des sous-marins nucléaires russes.

10. Le 20 octobre 1998, le procès de l'intéressé pour trahison par espionnage et divulgation aggravée de secrets d'Etat s'ouvrit devant le tribunal municipal de Saint-Pétersbourg. L'affaire fut renvoyée à l'instruction pour supplément d'information le 29 octobre 1998, après quatre jours d'audience. Le tribunal estima que l'imprécision de l'acte d'accusation portait atteinte à la défense de l'accusé et interdisait tout examen au fond. Il jugea en outre que le dossier de l'instruction laissait ouverte la question de savoir si des secrets d'Etat proprement dits figuraient dans le document litigieux et qu'il ne comportait pas de rapport d'expertise «pertinent et complet» sur l'éventuelle disponibilité des renseignements en cause auprès de sources d'information publiques ainsi que sur l'évaluation du dommage causé. Le tribunal ordonna au ministère public, premièrement, de faire réaliser une expertise complémentaire aux fins de déterminer si le requérant avait pu obtenir les informations litigieuses auprès de sources publiques et, deuxièmement, de prendre d'autres mesures en vue d'achever l'instruction de l'affaire.

11. Le 3 novembre 1998, le ministère public interjeta appel de cette décision, au motif que l'affaire était suffisamment claire pour être jugée et qu'aucune investigation complémentaire ne s'imposait.

12. Le 4 février 1999, la Cour suprême de la Fédération de Russie («la Cour suprême») confirma l'ordonnance de supplément d'information.

13. Le 23 novembre 1999, le procès de l'intéressé reprit devant le tribunal municipal de Saint-Pétersbourg sur les mêmes accusations.

14. Le 29 décembre 1999, cette juridiction acquitta le requérant de l'ensemble des charges retenues contre lui, au motif que les poursuites reposaient sur des décrets secrets et rétroactifs.

15. Le ministère public fit appel de ce jugement.

16. Le 17 avril 2000, la Cour suprême confirma l'acquittement de l'intéressé, estimant que les accusations dirigées contre lui se fondaient sur des décrets secrets et rétroactifs, incompatibles avec la Constitution. L'acquittement du requérant passa ainsi en force de chose jugée.

17. Le 30 mai 2000, le procureur général requit du présidium de la Cour suprême le réexamen de l'affaire dans le cadre de la procédure de révision (*протест на приговор, вступивший в законную силу*). A l'appui de son recours contre la décision d'acquittement, il invoqua plusieurs moyens relatifs à l'application erronée de la loi sur les secrets d'État, à l'imprécision de l'acte d'accusation – qui avait porté atteinte aux droits procéduraux du requérant – et à d'autres déficiences de l'instruction, notamment l'absence de rapport d'expertise sur la question de savoir si les renseignements litigieux avaient pu provenir de sources d'information publiques. Il demanda au présidium de se livrer à une nouvelle appréciation de la loi applicable ainsi que des faits et éléments de preuve figurant dans le dossier, et réclama le renvoi de l'affaire à l'instruction pour la réouverture de l'information.

18. Le 13 septembre 2000, le présidium de la Cour suprême rejeta le recours formé par le procureur général et confirma l'acquittement de l'intéressé. Les hauts magistrats reconnurent que les investigations menées présentaient des lacunes et des anomalies mais jugèrent que le ministère public ne pouvait s'en prévaloir pour demander le renvoi de l'affaire à l'instruction dans la mesure où il n'avait dépendu que des autorités de poursuite d'y remédier à un stade plus précoce de la procédure. Le présidium releva en outre que les irrégularités invoquées au soutien de la demande d'annulation de la décision d'acquittement étaient précisément celles que les organes d'instruction avaient auparavant été invités à rectifier. Il rappela que le tribunal municipal de Saint-Petersbourg avait notamment enjoint de manière expresse aux autorités chargées de l'instruction, par une ordonnance du 29 octobre 1998, de faire réaliser une expertise sur les informations disponibles dans le domaine public aux fins de déterminer si le requérant avait pu obtenir les renseignements litigieux auprès de sources publiques.

19. Le 17 juillet 2002, la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie examina le recours formé par le requérant contre les textes législatifs autorisant la révision des décisions définitives d'acquittement.

20. Par un arrêt du même jour, la Cour constitutionnelle estima contraires à la Constitution les dispositions législatives qui permettaient le réexamen et l'annulation des décisions d'acquittement prises à l'issue d'une instruction ou de débats ayant porté atteinte aux droits de l'accusé ou présenté des lacunes ainsi que celles fondées sur une appréciation inexacte des faits de la cause, sauf en cas de découverte d'éléments nouveaux ou de vice fondamental entachant la procédure antérieure.

21. Dans son arrêt, la Cour constitutionnelle déclara notamment :

« (...) l'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention énonce que le droit à ne pas être poursuivi ou puni deux fois n'empêche pas la réouverture du procès, conformément à la loi et à la procédure pénale de l'État concerné, si des faits nouveaux ou nouvellement révélés ou un vice fondamental dans la procédure précédente sont de nature à affecter le jugement intervenu.

Il s'ensuit (...) que, sous réserve du respect des conditions susmentionnées, il est loisible au législateur national d'instituer un système autorisant la réouverture des poursuites ainsi que l'annulation des jugements définitifs et de déterminer les hypothèses pouvant donner lieu, selon les circonstances de l'espèce, soit à la reprise de l'information sur le fondement d'éléments nouveaux ou nouvellement révélés, soit à la révision du procès.

Il ne peut être dérogé à l'interdiction générale de reprendre les poursuites au détriment de la personne acquittée ou condamnée que dans des circonstances exceptionnelles où le défaut de rectification d'une erreur judiciaire porterait atteinte à l'essence même de la justice et à la finalité du verdict pris comme acte judiciaire ou romprait l'équilibre à ménager entre les valeurs constitutionnellement protégées en jeu, notamment les droits et intérêts légitimes des personnes condamnées et des victimes d'infractions. En l'absence de voie de réformation de décisions définitives rendues dans le cadre de procédures présentant un vice fondamental et déterminant pour l'issue de l'instance, ces décisions entachées d'erreur continueraient à produire leurs effets au mépris du principe d'équité (...) et du principe de la protection juridictionnelle des droits et libertés fondamentaux.

3.2. Selon la [Constitution et la Convention], toute voie de droit interne susceptible d'aboutir à l'annulation d'une décision judiciaire définitive et au réexamen d'une affaire pénale doit être soumise à des conditions strictes et à des critères définissant clairement les cas où la révision en question peut intervenir, puisque celle-ci porte sur une décision ayant force de chose jugée et par laquelle il a été statué tant sur la culpabilité de l'accusé que sur la peine à infliger.

Or les cas d'ouverture à révision des décisions judiciaires définitives prévus par le code de procédure pénale [de 1960] dépassent les limites exposées ci-dessus. L'adoption d'une procédure de réexamen de décisions définitives de condamnation et *a fortiori* d'acquiescement (...) aurait dû donner lieu à l'énonciation de motifs précis qui auraient garanti que cette procédure serait appliquée avec le discernement, la précision et la clarté qui s'imposent pour exclure tout arbitraire dans l'appréciation des tribunaux. Faut de l'avoir fait, [le législateur] a méconnu les conditions posées par [la Constitution] et l'article 4 du Protocole n° 7 pour l'annulation de décisions définitives en matière pénale (...)

Par ailleurs, [le pouvoir reconnu à] l'organe de révision de renvoyer l'affaire pour qu'il soit procédé à une nouvelle information lorsque l'appréciation des éléments de preuve à laquelle l'organe de révision se livre le conduit à estimer que la procédure antérieure a lésé les droits de l'accusé ou présenté des insuffisances, est contraire aux principes constitutionnels de la procédure pénale ainsi qu'à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle dans la mesure où ce pouvoir confère un avantage injuste au ministère public en offrant à celui-ci des occasions supplémentaires d'établir la culpabilité [de l'accusé] même après que la décision en cause a acquis force de chose jugée. Il s'ensuit que la juridiction de révision ne saurait annuler une décision définitive d'acquiescement au seul motif que celle-ci serait infondée (...) Par conséquent, le procureur ne peut demander la révision d'une telle décision en invoquant un défaut de fondement (...)

II. LE DROIT INTERNE ET LES DOCUMENTS PERTINENTS

A. La législation applicable

22. Le chapitre 30 du titre VI du code de procédure pénale de 1960 (*Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР*) en vigueur à l'époque pertinente habilitait certains fonctionnaires à contester des décisions judiciaires passées en force de jugée et à demander que les affaires qu'elles avaient ainsi tranchées fussent réexaminées tant sous l'angle du droit matériel que sous celui de la procédure. La procédure de révision, décrite dans les articles 371 à 383 de ce code, était distincte de celle qui autorisait la réouverture des procès pour survenance de faits nouveaux (articles 384 à 390 du même code) bien que les règles applicables à l'une et à l'autre fussent similaires (article 388).

1. Date à laquelle une décision judiciaire acquiert force de chose jugée

23. L'article 356 du code de procédure pénale (CPP) énonce que les décisions judiciaires acquièrent force de chose jugée et deviennent exécutoires à la date à laquelle la juridiction d'appel statue ou, en l'absence d'appel, au terme du délai fixé pour interjeter appel.

2. Motifs de révision et de réouverture des affaires

Article 379

Motifs d'annulation de décisions judiciaires passées en force de chose jugée

« Les motifs d'annulation ou de réformation de décisions judiciaires [dans le cadre de la procédure de révision] sont identiques [aux causes d'annulation de décisions (n'ayant pas acquis force de chose jugée) en instance d'appel]. (...) »

Article 342

Motifs d'annulation ou de réformation de décisions judiciaires [en instance d'appel]

« Les décisions judiciaires peuvent être annulées ou réformées en instance d'appel en cas :

- i. d'atteinte aux droits de l'accusé ou d'omissions lors de l'enquête, de l'instruction ou des audiences;
- ii. de contradiction entre les faits de la cause et les conclusions de la juridiction de jugement;
- iii. de violation grave des règles de procédure;
- iv. de fausse application des règles de droit [matériel];
- v. de disproportion de la condamnation au regard de la gravité de l'infraction ou de la personnalité du condamné. »

Article 384

Motifs de réouverture d'une affaire pour faits nouveaux

« Les jugements, décisions et ordonnances passés en force de chose jugée peuvent être annulés en raison de faits nouvellement révélés.

La réouverture d'un procès pénal peut avoir lieu :

i. lorsqu'il est établi, à l'égard d'un jugement passé en force de chose jugée, qu'une décision irrégulière ou infondée a été rendue sur la foi de faux témoignages, de fausses expertises ou sur la foi de preuves, de rapports d'enquête, de comptes rendus d'audience ou d'autres documents falsifiés, ou sur la foi d'une traduction manifestement inexacte ;

ii. lorsqu'il est établi, à l'égard d'un jugement passé en force de chose jugée, que les juges ont commis un abus de pouvoir répréhensible lors de l'examen de la cause ;

iii. lorsqu'il est établi, à l'égard d'un jugement passé en force de chose jugée, que les enquêteurs chargés de l'affaire ont commis un abus de pouvoir répréhensible ayant conduit au prononcé d'une décision infondée ou irrégulière ou à un non-lieu ;

iv. lorsque d'autres circonstances inconnues de la juridiction lors de l'examen de l'affaire prouvent – seules ou combinées avec d'autres faits antérieurement établis – l'innocence de la personne condamnée ou la commission par elle d'une infraction plus grave ou moins grave que celle ayant conduit à sa condamnation ou la culpabilité d'une personne ayant bénéficié d'un acquittement ou d'un non-lieu. »

3. Les fonctionnaires habilités à exercer un recours en révision

24. L'article 371 donne compétence respectivement au procureur général et au président de la Cour suprême de la Fédération de Russie ainsi qu'à leurs adjoints pour former des recours en révision contre les décisions de toute nature émanant de toutes les juridictions, à l'exception de celles rendues par le présidium de la Cour suprême, et aux présidents des tribunaux régionaux en ce qui concerne les décisions de toute nature prises par les juridictions régionales et les tribunaux qui leur sont hiérarchiquement subordonnés. Les parties aux procédures pénales ou civiles peuvent demander aux fonctionnaires susmentionnés d'exercer pareils recours.

4. Délai pour former un recours en révision

25. L'article 373 énonce qu'un recours en révision contre une décision d'acquittement peut être exercé par les fonctionnaires compétents dans le délai d'un an à compter du jour où la décision en question a acquis force de chose jugée.

5. Effets de la procédure de révision sur les décisions d'acquittement

26. Selon les articles 374, 378 et 380 CPP, le recours en révision est porté devant un collège de magistrats (le « présidium ») de la juridiction

compétente. Celui-ci peut connaître du fond du litige et n'est tenu ni par l'objet du recours ni par les moyens sur lesquels celui-ci se fonde.

27. Le présidium peut rejeter ou accueillir le recours en révision. En cas de rejet, la décision contestée est maintenue. Si le présidium fait droit au recours, il peut annuler la décision attaquée et mettre fin aux poursuites, renvoyer l'affaire à l'instruction pour une nouvelle information ou ordonner à une juridiction de n'importe quel degré de procéder à un nouvel examen de l'affaire ; il peut aussi rétablir une décision de première instance infirmée en appel ou réformer ou confirmer toute décision antérieurement rendue.

28. En vertu de l'article 380 §§ 2 et 3 du même code, le présidium peut, au cours de l'instance où il examine le recours en révision, réduire la peine infligée ou modifier au bénéfice de la personne condamnée la qualification juridique de l'infraction réprimée ou le régime de la peine infligée. En revanche, s'il estime que la peine prononcée ou la qualification juridique de l'infraction ne sont pas assez sévères, le présidium doit renvoyer l'affaire à une autre juridiction pour réexamen.

29. Un nouveau code de procédure pénale est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002. Son article 405 énonce que la procédure de révision ne s'applique qu'aux affaires où les modifications auxquelles elle pourrait conduire ne sont pas de nature à nuire aux intérêts de la personne condamnée. Les acquittements et les décisions de classement sans suite ne sont pas susceptibles de recours en révision.

B. Documents pertinents

30. Le 19 janvier 2000, lors de la 694^e réunion des délégués des Ministres, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe adopta la Recommandation n° R (2000) 2 sur le réexamen ou la réouverture de certaines affaires au niveau interne à la suite des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme. Dans cette recommandation, le Comité des Ministres encourageait les Parties contractantes à examiner leurs systèmes juridiques nationaux en vue de s'assurer qu'il existait des possibilités appropriées pour le réexamen d'une affaire, y compris la réouverture d'une procédure, dans les cas où la Cour avait constaté une violation de la Convention.

EN DROIT

1. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 4 DU PROTOCOLE N° 7 À LA CONVENTION

31. Le requérant voit dans la procédure de révision engagée après son acquittement définitif une violation de son droit à ne pas être l'objet de

nouvelles poursuites pénales à raison d'une infraction pour laquelle il avait été définitivement mis hors de cause. Il soutient qu'il s'exposait à tout le moins au risque d'un nouveau procès pour les mêmes infractions puisque le simple fait que le procureur général exerçât un recours en révision pouvait déboucher sur de nouvelles poursuites. L'intéressé invoque à cet égard l'article 4 du Protocole n° 7, dont les passages pertinents se lisent ainsi :

« 1. Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même État en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet État.

2. Les dispositions du paragraphe précédent n'empêchent pas la réouverture du procès, conformément à la loi et à la procédure pénale de l'État concerné, si des faits nouveaux ou nouvellement révélés ou un vice fondamental dans la procédure précédente sont de nature à affecter le jugement intervenu.

(...)»

A. Thèses des parties

32. Le Gouvernement considère que la procédure de révision ne saurait s'analyser en un second procès aux fins de l'article 4 du Protocole n° 7. Il fait valoir que le droit interne applicable à l'époque pertinente n'habilitait pas l'organe de révision à condamner le requérant mais seulement à annuler les décisions judiciaires précédentes et à renvoyer l'affaire à une juridiction pour un nouvel examen dans le cadre d'une procédure contradictoire. A l'appui de sa thèse, il invoque la décision rendue en l'espèce par la Cour constitutionnelle le 17 juillet 2002. Selon lui, on ne saurait soutenir que l'acquiescement de l'intéressé a été à un moment quelconque annulé ou suspendu puisque le recours exercé par le procureur général a été rejeté par le présidium.

33. Le Gouvernement souligne en outre que les réformes récemment apportées à la législation pertinente ne permettent plus de contester les acquiescements définitifs par la voie du recours en révision, laquelle ne peut davantage servir à remettre en cause d'autres décisions au détriment de la personne condamnée.

34. Contestant la thèse du Gouvernement, le requérant soutient que le recours du procureur général l'a exposé à de nouvelles poursuites pénales relativement à une infraction pour laquelle il avait été acquitté par une décision définitive, en violation du principe *non bis in idem*. Même si l'issue de la procédure n'en a pas été modifiée, il a bien été poursuivi deux fois pour la même infraction. Selon l'intéressé, la révision ne saurait passer pour une procédure justifiée de réouverture exceptionnelle des poursuites – autorisée par le deuxième paragraphe de l'article 4 du Protocole n° 7 – dans la mesure où le présidium n'avait pas constaté dans

la procédure précédente l'existence d'un vice fondamental qui aurait imposé un réexamen de l'affaire.

B. Appréciation de la Cour

35. La Cour relève que la protection contre le renouvellement des poursuites pénales est l'une des garanties spécifiques découlant du principe général d'équité du procès en matière pénale. Elle rappelle que l'article 4 du Protocole n° 7 a pour but de prohiber la répétition de procédures pénales définitivement clôturées (voir notamment *Gradinger c. Autriche*, arrêt du 23 octobre 1995, série A n° 328-C, p. 65, § 53). Elle note en outre que la réitération du procès ou de la peine est l'élément central de la situation juridique visée par l'article 4 du Protocole n° 7. Dans l'arrêt *Oliveira c. Suisse* (du 30 juillet 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-V, p. 1998, § 27), la Cour a pris en compte l'absence de cumul des peines respectivement prononcées dans deux procédures distinctes pour conclure à la non-violation de l'article en question, alors que celles-ci avaient été engagées à raison du même fait.

36. En présence d'une procédure de révision d'un acquittement conduite dans des circonstances comme celles de l'espèce, la Cour recherchera en premier lieu si la procédure en question comporte des éléments répondant aux critères fixés par l'article 4 du Protocole n° 7. A cette fin, la Cour examinera :

- si un « jugement définitif » avait été rendu avant l'intervention de la juridiction de révision ou si l'instance en révision était une phase de la procédure ordinaire et avait elle-même abouti à une décision définitive ;
- si le requérant a été à nouveau « poursuivi » dans le cadre de la procédure engagée devant le présidium ;
- si l'intéressé a été exposé à de nouvelles poursuites du fait du recours exercé par le procureur général.

La Cour recherchera ensuite, à la lumière des circonstances de la cause, si la procédure de révision pouvait en principe conduire au renouvellement des poursuites sous une forme ou une autre, au mépris de la garantie offerte par l'article 4 du Protocole n° 7.

1. *Sur la question de savoir si le requérant avait été « acquitté par un jugement définitif » avant le déclenchement de la procédure de révision*

37. Selon le rapport explicatif sur le Protocole n° 7, rapport qui se réfère lui-même à la Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs, « une décision est définitive » si elle est, selon l'ex-

pression consacrée, passée en force de chose jugée. Tel est le cas lorsqu'elle est irrévocable, c'est-à-dire lorsqu'elle n'est pas susceptible de voies de recours ordinaires ou que les parties ont épuisé ces voies ou laissé passer les délais sans les exercer».

38. La Cour relève que les règles procédurales en vigueur à l'époque pertinente habilitaient certains fonctionnaires à contester les décisions judiciaires passées en force de chose jugée. Les cas d'ouverture de la procédure de révision étaient les mêmes que ceux pour lesquels l'appel était autorisé. Le recours en révision dirigé contre une décision d'acquiescement pouvait être exercé dans le délai d'un an à compter du jour où celle-ci avait acquis force de chose jugée. Si le présidium avait accueilli pareil recours formé par le procureur général, déclenchant ainsi la réouverture du procès, le jugement auquel aurait abouti la procédure subséquente aurait constitué la seule décision sur les poursuites pénales dirigées contre le requérant – à l'exclusion de toute autre décision concurrente – et aurait eu un caractère « définitif ». Il apparaît par conséquent qu'à l'époque pertinente l'ordre juridique interne de la Russie ne considérerait pas comme « définitives » avant l'expiration du délai prévu pour former un recours en révision les décisions telles que l'acquiescement dont l'intéressé avait bénéficié en l'espèce. Dès lors, le rejet de la demande de réexamen de l'affaire auquel le présidium de la Cour suprême a conclu le 13 septembre 2000 devrait être considéré comme la décision « définitive » en l'espèce. Si pareille interprétation devait être adoptée, la présente affaire ne soulèverait aucune question sous l'angle de l'article 4 du Protocole n° 7 puisque toutes les décisions soumises à l'examen de la Cour se rattacherait alors à une même et unique procédure.

39. La Cour rappelle cependant que le recours en révision formé en vue de l'annulation d'une décision définitive s'analyse en une voie de recours extraordinaire puisqu'il n'est pas directement accessible aux personnes visées par des poursuites pénales et que son exercice est laissé à la discrétion des fonctionnaires compétents en la matière. Dans cette optique, la Cour a refusé de considérer pareil recours comme une voie de droit interne effective, en matière tant civile que pénale (*Toumilovitch c. Russie* (déc.), n° 47033/99, 22 juin 1999, et *Berdzenichvili c. Russie* (déc.), n° 31697/03, CEDH 2004-II), et a estimé que l'annulation d'une décision judiciaire consécutivement à une procédure de ce type était de nature à susciter des difficultés au regard de la sécurité juridique qui devait s'attacher aux décisions initialement rendues (*Brumărescu c. Roumanie* [GC], n° 28342/95, § 62, CEDH 1999-VII, et *Riabykh c. Russie*, n° 52854/99, §§ 56-58, CEDH 2003-IX). C'est pourquoi la Cour, dans les paragraphes suivants, partira du principe que le « jugement définitif » aux fins de l'article 4 du Protocole n° 7 est celui qui a été rendu en instance d'appel le 17 avril 2000 et par lequel l'acquiescement du requérant est passé, le même jour, en force de chose jugée.

2. *Sur la question de savoir si le requérant a été effectivement une nouvelle fois « poursuivi » dans le cadre de la procédure devant le présidium*

40. La Cour relève que le recours en révision de la décision d'acquiescement formé par le procureur général a été examiné par le présidium, qui devait à ce stade se borner à accueillir ou à rejeter le recours en question. Le présidium ayant en l'espèce rejeté la demande du procureur général, la décision définitive dans cette affaire demeure celle du 17 avril 2000.

41. Il s'ensuit que l'intéressé n'a pas été une nouvelle fois « poursuivi », au sens de l'article 4 § 1 du Protocole n° 7, au cours de la procédure ayant abouti au rejet, par le présidium de la Cour suprême, du recours en révision de la décision d'acquiescement formé par le procureur général.

3. *Sur la question de savoir si l'intéressé a été exposé à de nouvelles poursuites*

42. La Cour a ensuite examiné l'allégation du requérant selon laquelle il aurait été exposé à de nouvelles poursuites. Elle note à cet égard que si le présidium avait fait droit au recours en révision, il aurait été tenu, de par l'article 380 CPP alors applicable, d'opter pour l'une des mesures décrites au paragraphe 27 ci-dessus. Il est important de souligner que le présidium, qui devait se borner à accueillir ou à rejeter le recours formé par le procureur général, n'avait pas le pouvoir de rendre une nouvelle décision au fond dans le cadre de sa saisine.

43. Il apparaît par conséquent que l'éventualité d'une réouverture de la procédure était en l'espèce trop lointaine ou indirecte pour exposer le requérant à de nouvelles poursuites au sens de l'article 4 § 1 du Protocole n° 7.

44. Bien que les considérations développées aux paragraphes 40-43 ci-dessus fussent à elles seules à établir que le recours en révision n'a pas en l'occurrence enfreint l'article 4 du Protocole n° 7, la Cour relève qu'une raison fondamentale, plus importante à ses yeux, conduit à la même conclusion. Elle estime en effet, pour les motifs exposés ci-après, que le point crucial de la présente affaire réside dans le fait que la procédure de révision ne pouvait en aucune circonstance donner lieu au renouvellement de poursuites pénales au sens de l'article 4 § 1 du Protocole n° 7.

45. La Cour observe que l'article 4 du Protocole n° 7 établit une nette distinction entre le renouvellement des poursuites ou du procès – que son premier paragraphe interdit – et la réouverture du procès en raison de circonstances exceptionnelles, hypothèse visée par le deuxième paragraphe. L'article 4 § 2 du Protocole n° 7 envisage expressément l'éventualité qu'un justiciable se voie à nouveau reprocher des infractions

ayant déjà donné lieu à poursuites, selon les dispositions du droit interne, lorsque la procédure est rouverte en raison de l'apparition de faits nouveaux ou de la découverte d'un vice fondamental dans la procédure précédente.

46. La Cour note que la législation russe en vigueur à l'époque pertinente autorisait la réouverture des affaires pénales ayant abouti à des décisions définitives en raison de faits nouveaux ou nouvellement révélés ou d'un vice fondamental dans la procédure précédente (articles 384-390 CPP). Pareil mécanisme entre manifestement dans le champ d'application de l'article 4 § 2 du Protocole n° 7. La Cour relève cependant que le droit russe comporte aussi un autre dispositif de réexamen des décisions pénales entachées d'erreurs ayant trait à des questions de droit ou de procédure (l'instance en révision régie par les articles 371 à 383 CPP). Cette procédure porte sur les mêmes accusations que celles qui étaient à l'origine des poursuites pénales ayant donné lieu à la décision frappée de recours et vise à statuer sur la régularité de celle-ci. Lorsque le recours en révision est déclaré recevable et la procédure reprise en vue du réexamen de l'affaire, l'instance en révision a pour effet ultime d'annuler toutes les décisions précédentes et de statuer sur les accusations pénales par une nouvelle décision. Dans cette mesure, la révision a le même effet que la réouverture du procès puisqu'il s'agit dans les deux cas de dispositifs autorisant la reprise de la procédure précédente. La Cour estime dès lors qu'au regard du principe *non bis in idem* l'instance en révision peut être considérée comme un type particulier de réouverture du procès relevant de l'article 4 § 2 du Protocole n° 7.

47. La thèse du requérant selon laquelle le réexamen de l'affaire ne s'imposait pas et s'analysait en une procédure abusive n'entre pas en ligne de compte lorsqu'il s'agit de statuer sur la question de la conformité de la procédure litigieuse à l'article 4 du Protocole n° 7, car si la manière dont il en a été fait usage est un élément pertinent pour l'appréciation du caractère globalement équitable du procès pénal, elle ne saurait être décisive quand il y a lieu de déterminer si la procédure en question doit être qualifiée de «réouverture du procès» ou de «second procès». Il ressort des faits de la cause que le recours exercé en vue de déclencher la révision de l'affaire doit être considéré comme une tentative de réouverture de la procédure plutôt que comme une démarche ayant pour objectif la tenue d'un «second procès».

48. La Cour observe enfin que la conformité de l'instance en révision au principe de légalité consacré par l'article 4 § 2 du Protocole n° 7 n'est pas contestée en l'espèce.

49. La Cour conclut que le requérant n'a pas été exposé à de nouvelles poursuites ou à une nouvelle peine au sens de l'article 4 § 1 du Protocole n° 7 à la Convention et que cette disposition n'a donc pas été violée.

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

50. Le requérant soutient que la procédure de révision engagée après son acquittement définitif emporte violation de son droit à un procès équitable. Il invoque à cet égard l'article 6 § 1 de la Convention, dont les passages pertinents se lisent ainsi :

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement (...) par un tribunal (...) qui décidera (...) du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle (...) »

A. Thèses des parties

51. Dans ses observations postérieures à l'examen de la recevabilité de la requête, le Gouvernement fait valoir que la procédure de révision n'avait pas pour objet de reconsidérer les accusations pénales dirigées contre l'intéressé puisque le recours en annulation de la décision d'acquiescement formé par le procureur général avait été rejeté par le présidium de la Cour suprême sans examen au fond. Le Gouvernement indique à la Cour que de la même manière que le présidium ne peut, d'après l'article 380 § 2 CPP, alourdir une peine ou opter pour une qualification juridique plus sévère sans renvoyer l'affaire devant une juridiction, il ne peut de son propre chef substituer une condamnation à un acquiescement tout en faisant droit à une demande de réouverture de la procédure. Le Gouvernement soutient par ailleurs que, n'ayant pas eu d'incidence négative sur l'acquiescement définitif du requérant, la procédure de révision ne peut avoir emporté violation du droit de l'intéressé à un procès équitable au sens de l'article 6 § 1 de la Convention.

52. Le Gouvernement souligne que l'instance en révision engagée en l'espèce s'est déroulée conformément à la procédure prévue par la loi. En particulier, le recours en révision a été formé par le procureur général dans le délai d'un an à compter de la date à laquelle la décision d'acquiescement était passée en force de chose jugée.

53. Le requérant conteste cette thèse et soutient que la simple possibilité de remettre en cause une décision d'acquiescement passée en force de chose jugée a emporté violation de son droit à un procès équitable. L'intéressé avance que si la procédure de révision a bien été menée dans les formes prescrites par la loi, elle ne s'imposait cependant pas. Il affirme que dans la présente affaire la demande formée par le procureur général en vue du déclenchement d'une procédure de révision était manifestement abusive et se heurtait aux principes de la Convention.

B. Appréciation de la Cour

54. La Cour a constaté ci-dessus que dans la présente affaire l'instance en révision avait respecté le principe *non bis in idem*, consacré par l'article 4 du Protocole n° 7, qui constitue une composante du procès équitable. La seule compatibilité de l'application en l'espèce d'une procédure de révision avec l'article 4 du Protocole n° 7 ne suffit cependant pas à établir la conformité de celle-ci à l'article 6 de la Convention. La Cour doit examiner la question de la régularité de ce dispositif au regard de l'article 6 indépendamment de la conclusion à laquelle elle est parvenue sous l'angle de l'article 4 du Protocole n° 7.

55. La Cour rappelle à ce propos sa jurisprudence selon laquelle la procédure de révision est de nature à susciter des difficultés touchant à la sécurité juridique de décisions rendues en matière civile dans la mesure où elles sont indéfiniment susceptibles de faire l'objet d'un réexamen pour des motifs relativement mineurs (arrêts *Brumărescu* et *Riabykh*, précités). Il en va quelque peu différemment en matière pénale, à tout le moins en ce qui concerne des décisions d'acquiescement pour lesquelles la révision ne peut être demandée que dans le délai d'un an à compter du jour où elles sont passées en force de chose jugée.

56. La Cour observe en outre que l'exigence de sécurité juridique n'est pas absolue. En matière pénale, elle doit s'apprécier à la lumière, par exemple, de l'article 4 § 2 du Protocole n° 7, qui autorise expressément les États contractants à instituer un mécanisme de réouverture du procès en cas de survenance de faits nouveaux ou de découverte d'un vice fondamental de la procédure précédente de nature à affecter le jugement intervenu. Le Comité des Ministres a également considéré la possibilité de réexaminer ou de rouvrir une affaire comme une garantie de réparation, notamment dans le cadre de l'exécution des arrêts de la Cour. Dans sa Recommandation n° R (2000) 2 sur le réexamen ou la réouverture de certaines affaires au niveau interne à la suite des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme, il a encouragé les États membres à s'assurer qu'il existait dans leurs systèmes juridiques nationaux des procédures appropriées pour le réexamen et la réouverture des affaires.

57. La simple possibilité de rouvrir une procédure pénale est donc à première vue compatible avec la Convention, y compris avec les garanties découlant de l'article 6. Il peut néanmoins apparaître, au vu des circonstances particulières d'une affaire donnée, que la manière dont cette faculté a été utilisée concrètement a porté atteinte à la substance même du procès équitable. La Cour doit notamment rechercher, dans chaque espèce, si les autorités ont fait usage de leur pouvoir de déclencher et de mener une instance en révision en

ménageant, dans toute la mesure du possible, un juste équilibre entre les intérêts de l'individu et la nécessité de garantir l'efficacité de la justice pénale.

58. La Cour attache une importance particulière à l'argument selon lequel le présidium s'était bien borné en l'espèce à statuer sur la question de l'opportunité de la réouverture de la procédure. Le choix du présidium d'infirmier la décision d'acquiescement aurait nécessairement donné lieu à un examen au fond de l'affaire par les juridictions compétentes, dans le cadre d'une procédure contradictoire distincte. La décision du présidium n'a donc été rien de plus qu'un acte de procédure constituant une condition préalable au réexamen des accusations pénales dirigées contre le requérant. La Cour note que le présidium de la Cour suprême a rejeté le recours en révision formé par le procureur général, au motif que ce dernier avait invoqué au soutien de sa demande des irrégularités qu'il appartenait aux seules autorités de poursuite de rectifier avant et non après le prononcé de la décision définitive. Si le recours du procureur général pouvait être critiqué comme étant arbitraire et abusif, il n'a eu aucune incidence décisive sur l'équité globale de la procédure de révision qui relevait au premier chef de la compétence du présidium (voir, *mutatis mutandis*, *Volochitchouk c. Ukraine* (déc.), n° 51394/99, 14 octobre 2003, et *Sardine c. Russie* (déc.), n° 69582/01, CEDH 2004-II). Par conséquent, le caractère arbitraire de l'initiative prise par le procureur général en vue de la réouverture du procès ne pouvait pas avoir et n'a eu aucun effet préjudiciable en l'espèce sur l'examen des accusations pénales visant l'intéressé.

59. La Cour conclut que les autorités chargées de la mise en œuvre de la procédure de révision n'ont pas manqué dans la présente affaire à leur obligation de ménager un juste équilibre entre les intérêts du requérant et la nécessité de garantir une bonne administration de la justice.

60. L'issue de la procédure suivie devant le présidium de la Cour suprême ayant été favorable au requérant, celui-ci ne saurait se prétendre victime à cet égard d'une violation de son droit à un procès équitable. En outre, selon la jurisprudence constante des organes de la Convention, l'article 6 ne s'applique pas aux instances qui se concluent par le rejet d'une demande de réouverture d'une affaire. Seule la nouvelle procédure engagée après qu'il a été fait droit à pareille demande de réouverture peut passer pour porter sur une accusation en matière pénale (voir notamment *X c. Autriche*, n° 7761/77, décision de la Commission du 8 mai 1978, Décisions et rapports (DR) 14, pp. 171, 174, et *Ruiz Mateos et autres c. Espagne*, n° 24469/94, décision de la Commission du 2 décembre 1994, DR 79-A, p. 141).

61. En conséquence, la Cour conclut qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

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

1. *Dit* qu'il n'y a pas eu violation de l'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention;
2. *Dit* qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 20 juillet 2004, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

S. DOLLÉ
Greffière

J.-P. COSTA
Président

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

J.-P.C.
S.D.

OPINION CONCORDANTE DE M. LE JUGE LOUCAIDES

(Traduction)

J'ai voté avec la majorité pour la non-violation en l'espèce des articles 4 du Protocole n° 7 et 6 § 1 de la Convention. Cependant, les raisons qui m'ont conduit à cette conclusion sur le grief que le requérant tire de l'article 4 du Protocole n° 7 diffèrent des motifs adoptés par la majorité. J'estime en effet que l'intéressé ne peut se prévaloir de la qualité de victime relativement à la plainte qu'il formule sur le terrain de cette disposition.

Avant d'examiner au fond le grief en question, la Cour doit être convaincue que le requérant a fait l'objet d'un jugement ou de poursuites (*Zigarella c. Italie* (déc.), n° 48154/99, CEDH 2002-IX) lors ou à l'issue de la saisine du présidium de la Cour suprême par le procureur général en vue du réexamen de l'affaire dans le cadre de la procédure de révision.

Or, le présidium de la Cour suprême ayant rejeté le recours formé par le procureur général, aucune instance en révision n'a jamais été engagée à l'encontre de l'intéressé. Par conséquent, je ne vois pas comment le requérant peut être considéré comme fondé à se prétendre victime d'une procédure de révision engagée après son acquittement définitif et emportant violation de son droit à ne pas faire l'objet de nouvelles poursuites en raison d'une infraction pour laquelle il avait été définitivement mis hors de cause.

En d'autres termes, dès lors que le recours en révision du procureur général a été rejeté, l'on ne peut parler d'ouverture ou de réouverture des poursuites ou du procès visant l'intéressé.

Il est vrai que l'article 4 du Protocole n° 7 énonce qu'un justiciable « ne peut être poursuivi ou puni pénalement (...) en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné (...) » (italique ajouté par moi). Cependant, à mon avis, on ne saurait considérer que quelqu'un « peut » véritablement encourir un jugement ou des poursuites en raison d'une infraction pénale tant que les conditions légales préalables à l'ouverture du procès ou des poursuites prévues par le droit interne de l'Etat concerné ne sont pas réunies. L'une des conditions qui étaient alors nécessaires à la réouverture du procès ou des poursuites contre le requérant, à savoir l'accueil du recours en révision formé par le procureur général, faisait en l'espèce défaut.

En outre, depuis son acquittement, l'intéressé n'a été l'objet d'aucune accusation, sous quelque forme que ce soit. En l'absence de tout grief formulé contre lui, je ne vois pas comment il pourrait passer pour avoir été exposé à des poursuites au sens de l'article 4 du Protocole n° 7, à moins que la Cour n'étende la notion de « poursuites » au-delà de son sens ordinaire ou reconnu.

SIDABRAS AND DŽIAUTAS v. LITHUANIA
(Applications nos. 55480/00 and 59330/00)

SECOND SECTION

JUDGMENT OF 27 JULY 2004¹

1. English original.

SUMMARY¹**Employment restrictions on former employees of the KGB****Article 14 in conjunction with Article 8**

Discrimination – Private life – Employment restrictions on former employees of the KGB – Difference of treatment – Effect on private life of ban on employment in various branches of the private sector – Regulation of employment by the State – Historical background – Legitimate aims of restrictions on access to employment – Distinction between public service and private sector employment – Proportionality

*
* *

Prior to Lithuania's declaration of independence in 1990, the applicants had held posts in the Soviet Security Service (KGB). After independence, they found employment as a tax inspector and prosecutor respectively. In 1999 a new Act came into force, banning former KGB employees from working in the public sector and in certain private sector jobs for a period of ten years. Consequently, the applicants were dismissed from their positions and prevented from seeking employment in such posts until 2009. They both instituted administrative actions, which were ultimately unsuccessful.

Held

(1) Article 14 in conjunction with Article 8: (a) Applicability: The applicants had been treated differently from other persons in Lithuania who had not worked for the KGB and in addition, since the Government maintained that the purpose of the Act was to regulate employment prospects on the ground of loyalty or lack of loyalty to the State, there had also been a difference in treatment between the applicants and other persons in that respect. As to whether the facts fell within the scope of Article 8, the Court considered, having regard to the notions prevailing in democratic States, that a far-reaching ban on taking up private sector employment affected private life. The ban affected the applicants' ability to develop relationships with the outside world to a very significant degree. Moreover, the applicants' status as "former KGB officers" was a further impediment to developing such relationships and affected the enjoyment of their private lives as well as their reputations. In view of the wide-ranging scope of the employment restrictions, the possible impediment to their leading a normal personal life had to be taken as a relevant factor. Against that background, the Court considered that there were consequential effects on the applicants' enjoyment of the right to respect for private life and it followed that Article 14 was applicable taken in conjunction with Article 8.

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

(b) Compliance: As a matter of principle, States had a legitimate interest in regulating employment conditions in the public service as well as in the private sector. In the present case, taking into account Lithuania's experience under Soviet rule and its wish to avoid repetition of that experience, the Court accepted that the restriction of the applicants' employment prospects pursued the legitimate aims of the protection of national security, public order, the economic well-being of the country and the rights and freedoms of others. However, as regards the proportionality of the impugned distinction, even assuming that the applicants lacked loyalty to the State, as alleged by the Government, the employment restrictions concerned various branches of the private sector as well. While the requirement of loyalty to the State was an inherent condition of employment with State authorities responsible for protecting and securing the general interest, that was not the case for employment with private companies. Thus, the State-imposed restrictions on employment with a private company could not be justified from the Convention point of view in the same manner, regardless of the company's importance to the State's economic, political or security interests. Furthermore, the Act contained no definition of the specific jobs, functions or tasks which the applicants were barred from holding and the legislative scheme thus lacked the necessary safeguards for avoiding discrimination and for guaranteeing adequate judicial control. Finally, the belated entry into force of the Act, which had resulted in the applicants being subjected to the restrictions thirteen and nine years respectively after they had stopped working for the KGB, was also a factor in the overall assessment of proportionality. In conclusion, the ban preventing the applicants from seeking employment in various branches of the private sector constituted a disproportionate measure.

Conclusion: violation (five votes to two).

The Court also held (by five votes to two) that it was unnecessary to examine Article 8 taken alone.

(2) Article 10 alone and in conjunction with Article 14: It appeared from the domestic decisions that the national courts were concerned solely with establishing the nature of the applicants' former employment with the KGB, rather than giving specific consideration to the particular circumstances of each of the applicants' cases, for example the views they had held or expressed. Moreover, the Court was not convinced that the applicants' dismissals or the employment restrictions imposed on them amounted to a restriction on their ability to express their views or opinions to the same extent as in previous cases concerning teaching posts. Consequently, the restrictions had not encroached upon their right to freedom of expression.

Conclusion: no violation (unanimously).

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

Case-law cited by the Court

Brüggemann and Scheuten v. Germany, no. 6959/75, Commission's report of 12 July 1977, Decisions and Reports 10

Airey v. Ireland, judgment of 9 October 1979, Series A no. 32

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

- Glaserapp v. Germany*, judgment of 28 August 1986, Series A no. 104
Kosiek v. Germany, judgment of 28 August 1986, Series A no. 105
Inze v. Austria, judgment of 28 October 1987, Series A no. 126
Niemietz v. Germany, judgment of 16 December 1992, Series A no. 251-B
Vogt v. Germany, judgment of 26 September 1995, Series A no. 32
Rekvényi v. Hungary [GC], no. 25390/94, ECHR 1999-III
Thlimmenos v. Greece [GC], no. 34369/97, ECHR 2000-IV
Volkmer v. Germany (dec.), no. 39799/98, 22 November 2001
Petersen v. Germany (dec.), no. 39793/98, ECHR 2001-XII
Peck v. the United Kingdom, no. 44647/98, ECHR 2003-I
Smirnova v. Russia, nos. 46133/99 and 48183/99, ECHR 2003-IX

In the case of Sidabras and Džiautas v. Lithuania,

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

Mr L. LOUCAIDES, *President*,

Mr J.-P. COSTA,

Mr C. BIRSAN,

Mr K. JUNGWIERT,

Mr V. BUTKEVYCH,

Mrs W. THOMASSEN,

Mrs A. MULARONI, *judges*,

and Mrs S. DOLLÉ, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 1 July 2003, 21 October 2003 and 6 July 2004,

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

PROCEDURE

1. The case originated in applications (nos. 55480/00 and 59330/00) against the Republic of Lithuania lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by two Lithuanian nationals, Mr Juozas Sidabras and Mr Kęstutis Džiautas (“the applicants”), on 29 November 1999 and 5 July 2000 respectively.

2. The applicants were represented by Mr E. Morkūnas, a lawyer practising in Šiauliai, and Mr V. Barkauskas, a lawyer practising in Vilnius. The Lithuanian Government (“the Government”) were represented by their Agents, Mr G. Švedas and Mrs D. Jočienė, of the Ministry of Justice.

3. The applicants alleged, in particular, that they had lost their jobs and that their employment prospects had been restricted as a result of the application of the Law on the evaluation of the USSR State Security Committee (NKVD, NKGB, MGB, KGB) and the present activities of former permanent employees of the organisation, in breach of Articles 8, 10 and 14 of the Convention.

4. The applications were allocated to the Third Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). Within that Section, the Chamber that would consider the case (Article 27 § 1 of the Convention) was constituted as provided in Rule 26 § 1. Mr P. Kūris, the judge elected in respect of Lithuania, withdrew from sitting in the case (Rule 28). The Government accordingly appointed Mr J.-P. Costa, the judge elected in respect of France, to sit in his place (Article 27 § 2 of the Convention and Rule 29 § 1).

5. On 1 November 2001 the Court changed the composition of its Sections (Rule 25 § 1). This case was assigned to the newly composed Second Section (Rule 52 § 1). Within that Section, the Chamber that would consider the case (Article 27 § 1 of the Convention) was constituted as provided in Rule 26 § 1.

6. The Chamber decided to join the applications (Rule 42 § 1).

7. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 1 July 2003 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mrs D. JOČIENĖ,

Agent;

(b) *for the applicants*

Mr E. MORKŪNAS,

Mr V. BARKAUSKAS,

Counsel.

The Court heard addresses by them.

8. By a decision of 1 July 2003, following the hearing on admissibility and the merits (Rule 54 § 3), the Court declared the applications partly admissible.

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

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

10. The first applicant was born in 1951 and lives in Šiauliai. The second applicant was born in 1962 and lives in Vilnius.

The facts of the case, as submitted by the parties, may be summarised as follows.

A. The first applicant

11. In 1974 the first applicant graduated from the Lithuanian Physical Culture Institute, qualifying as a certified sports instructor.

12. From 1975 to 1986 he was an employee of the Lithuanian branch of the Soviet Security Service (the KGB). After Lithuania declared its independence in 1990, he found employment as a tax inspector at the Inland Revenue.

13. On 31 May 1999 two authorities – the Lithuanian State Security Department and the Centre for Research into the Genocide and Resistance of the Lithuanian People – jointly concluded that the first applicant was subject to the restrictions provided under section 2 of the Law on the evaluation of the USSR State Security Committee (NKVD, NKGB, MGB, KGB) and the present activities of former permanent employees of the organisation (“the KGB Act” – see paragraph 24 below). The conclusion confirmed that the first applicant had the status of a “former KGB officer” (see paragraphs 26-27 below). On 2 June 1999 the first applicant was dismissed from the Inland Revenue on the basis of that conclusion.

14. The first applicant brought an administrative action against the security intelligence authorities, claiming that he had been engaged only in counterintelligence and ideology work while employed by the KGB, and that he had not been involved in the violation of individual rights by that organisation. He argued that his dismissal under section 2 of the KGB Act and the resultant inability to find employment were therefore unlawful.

15. On 9 September 1999 the Higher Administrative Court found that the conclusion of 31 May 1999 had been substantiated and that the first applicant was subject to the restrictions provided under section 2 of the KGB Act. In this respect, the court held that the applicant had the status of a “former KGB officer” within the meaning of the KGB Act, since he had occupied one of the positions mentioned in the list of 26 January 1999.

16. On 19 October 1999 the Court of Appeal dismissed the first applicant’s appeal. It found that he had not occupied a KGB position dealing only with criminal investigations and could not therefore benefit from the exceptions listed under section 3 of the KGB Act.

B. The second applicant

17. On an unspecified date in the 1980s, the second applicant graduated from Vilnius University as a qualified lawyer.

18. From 11 February 1991 he worked as a prosecutor at the Office of the Prosecutor General of Lithuania, investigating primarily cases of organised crime and corruption.

19. On 26 May 1999 the Lithuanian State Security Department and the Centre for Research into the Genocide and Resistance of the Lithuanian People jointly concluded that from 1985 to 1991 the second applicant had been an employee of the Lithuanian branch of the KGB, that he had the status of a “former KGB officer” and that he was thereby subject to the restrictions provided under section 2 of the KGB Act. On 31 May 1999 the second applicant was dismissed from his job at the Office of the Prosecutor General on the basis of that conclusion.

20. The second applicant brought an administrative action against the security intelligence authorities and the Office of the Prosecutor General. He claimed that from 1985 to 1990 he had merely studied at a special KGB school in Moscow and that from 1990 to 1991 he had worked in the KGB as an informer for the Lithuanian security intelligence authorities and should therefore be entitled to benefit from the exceptions under section 3 of the KGB Act. He claimed that his dismissal under the Act and his resultant inability to find employment were unlawful.

21. On 6 August 1999 the Higher Administrative Court allowed the second applicant's claim, quashed the conclusion of 26 May 1999 and ordered him to be reinstated. The court found that the period of the second applicant's studies at the KGB school from 1985 to 1990 was not to be taken into account for the purposes of the KGB Act, that he had worked in the KGB for a period of five months in 1990-91, that he had not occupied a KGB position dealing with political investigations and that, in any event, he had been a secret informer for the Lithuanian authorities. The court concluded that the exceptions under section 3 of the KGB Act applied to the second applicant and that his dismissal had therefore been unlawful.

22. Following an appeal by the security intelligence authorities, on 25 October 1999 the Court of Appeal quashed the judgment of 6 August 1999. It held that, although the first-instance court had properly found that the second applicant had worked at the KGB for only five months, it had not been established that he had worked there as a secret informer for the Lithuanian authorities. Accordingly, he could not benefit from the exceptions under section 3 of the KGB Act.

23. The second applicant appealed against the Court of Appeal's judgment. By a decision of 28 January 2000, the President of the Supreme Court allowed the appeal. However, by a final decision of 20 April 2000, the full Supreme Court refused to examine the appeal and discontinued the proceedings for lack of jurisdiction.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

24. The Law on the evaluation of the USSR State Security Committee (NKVD, NKGB, MGB, KGB) and the present activities of former permanent employees of the organisation (*Istatymas dėl SSRS valstybės saugumo komiteto (NKVD, NKGB, MGB, KGB) vertinimo ir šios organizacijos kadriinių darbuotojų dabartinės veiklos* – “the KGB Act”) was enacted on 16 July 1998 by the Seimas (the Lithuanian parliament) and promulgated by the President of the Republic. The KGB Act reads as follows:

Section 1

Recognition of the USSR State Security Committee as a criminal organisation

“The USSR State Security Committee (NKVD, NKGB, MGB, KGB – hereinafter ‘the SSC’) is recognised as a criminal organisation which was responsible for war crimes, genocide, repression, terror and political persecution in the territory of Lithuania when occupied by the USSR.”

Section 2

Restrictions on the present activities of permanent employees of the SSC

“For a period of ten years from the date of entry into force of this Act, former employees of the SSC may not work as public officials or civil servants in government, local or defence authorities, the State Security Department, the police, the prosecution, courts or diplomatic service, customs, State supervisory bodies and other authorities monitoring public institutions, as lawyers or notaries, as employees of banks and other credit institutions, on strategic economic projects, in security companies (structures), in other companies (structures) providing detective services, in communications systems, or in the educational system as teachers, educators or heads of institutions[;] nor may they perform a job requiring the carrying of a weapon.”

Section 3

Cases in which the restrictions shall not be applied

“(1) The restrictions provided for in section 2 shall not be applied to former permanent employees of the SSC who, while working at the SSC, investigated only criminal cases and who discontinued their work at the SSC not later than 11 March 1990.

(2) The Centre for Research into the Genocide and Resistance of the Lithuanian People and the State Security Department may [recommend by] a reasoned application that no restrictions under this law be applied to former permanent employees of the SSC who, within three months of the date of the entry into force of this Law, report to the State Security Department and disclose all information in their possession ... about their former work at the SSC and their current relations with former SSC employees and agents. A decision in this respect shall be taken by a commission of three persons set up by the President of the Republic. No employees of the Centre for Research into the Genocide and Resistance of the Lithuanian People or the State Security Department may be appointed to the commission. The commission’s rules shall be confirmed by the President of the Republic.”

Section 4

Procedure for implementation of the Act

“The procedure for implementation of the Act shall be governed by [a special law].”

Section 5

Entry into force of the Act

“This Act shall come into force on 1 January 1999.”

25. Following the examination by the Constitutional Court of the compatibility of the KGB Act with the Constitution (see paragraph 28 below), on 5 May 1999 section 3 of the KGB Act was amended to the effect that even those individuals who had worked for the KGB after 11 March 1990 could be eligible for the exceptions under section 3 of that Act.

26. On 16 July 1998 a separate law on the implementation of the KGB Act was enacted. Under that law, the Centre for Research into the Genocide and Resistance of the Lithuanian People and the State Security Department were empowered to reach a conclusion on an individual's status as a "former permanent employee of the KGB" ("former KGB officer") for the purposes of the KGB Act.

27. On 26 January 1999 the Government adopted a list ("the list") of positions in various branches of the KGB on Lithuanian territory attesting to a person's status as a "former KGB officer" for the purposes of the KGB Act. A total of 395 different positions were listed in this respect.

28. On 4 March 1999 the Constitutional Court examined the issue of the KGB Act's compatibility with the Constitution. The Constitutional Court held in particular that the KGB Act had been passed in order to carry out "security screening" measures on former KGB officers, who were deemed to be lacking in loyalty to the Lithuanian State. The Constitutional Court decided that the prohibition on former KGB officers occupying public posts was compatible with the Constitution. It further ruled that the statutory ban on the holding by former KGB officers of jobs in various branches of the private sector was compatible with the constitutional principle of a free choice of profession in that the State was entitled to lay down specific requirements for persons applying for work in the most important economic sectors in order to ensure the protection of national security and proper functioning of the educational and financial systems. The Constitutional Court also held that the restrictions under the KGB Act did not amount to a criminal charge against former KGB officers.

29. While the KGB Act does not specifically guarantee a right of access to a court to contest the security intelligence authorities' conclusion, it was recognised by the domestic courts that, as a matter of practice, a dismissal from employment in the public service on the basis of that conclusion gave rise to an administrative court action (and a further appeal) under the general procedure governing industrial disputes and alleged breaches of personal rights by the public authorities, under Articles 4, 7, 8, 26, 49, 50, 59, 63 and 64 of the Code of Administrative Procedure, Article 222 of the Civil Code and Article 336 of the Code of Civil Procedure (as in force at the material time).

III. PROVISIONS OF INTERNATIONAL LAW AND CERTAIN NATIONAL LEGAL SYSTEMS RELATING TO EMPLOYMENT RESTRICTIONS ON POLITICAL GROUNDS

30. Restrictions have been imposed in many post-communist countries with a view to screening the employment of former security agents or active collaborators in the former regimes. In this connection, international human rights bodies have at times found fault with such legislation where it has lacked precision or proportionality, and have characterised it as discrimination in employment or the exercise of a profession on the basis of political opinion (see below). The possibility of appealing to the courts has been considered a significant safeguard, although not sufficient in itself to rectify shortcomings in the legislation.

31. Article 1 § 2 of the European Social Charter provides:

“With a view to ensuring the effective exercise of the right to work, the Parties undertake:

...

2. to protect effectively the right of the worker to earn his living in an occupation freely entered upon[.]”

This provision, retained word for word in the revised Charter of 1996 (which came into force with regard to Lithuania on 1 August 2001), has been consistently interpreted by the European Committee of Social Rights (ECSR) as establishing a right not to be discriminated against in employment. The non-discrimination guarantee is stipulated in Article E of the revised Charter in the following terms:

“The enjoyment of the rights set forth in this Charter shall be secured without discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national extraction or social origin, health, association with a national minority, birth or other status.”

The question of the dismissal of public servants on account of their activities under totalitarian regimes has been addressed in the light of these provisions, at least as regards Germany. In its most recent examination of Germany’s compliance with Article 1 § 2 of the Charter (published in November 2002), the ECSR took note of the provisions of the reunification treaty that allow for the dismissal of public servants on the basis of their activities on behalf of the security services of the German Democratic Republic. It concluded that Germany was not complying with its obligations. This was expanded upon in the following terms:

“The Committee observes that there is no precise definition of the functions from which individuals can be excluded, either in the form of a refusal to recruit or a dismissal, on the grounds of previous political activities or activities within the former GDR institutions competent in security matters.

The Committee has examined the conformity of these provisions in the light of Article 31 of the Charter. Under this provision, restriction of a right enshrined in the Charter is permitted if it is prescribed by law, is necessary in a democratic society and serves one of the purposes listed in the Article. Whilst recognising that the provisions were prescribed by law within the meaning of Article 31 and served one of the purposes listed therein, namely the protection of national security, the Committee considered that they were not necessary within the meaning of Article 31 in that they did not apply solely to services which had responsibilities in the fields of law and order and national security or to functions involving such responsibilities."

The ECSR adopted its conclusions in regard to Lithuania's implementation of the revised Charter on 28 May 2004. They will be made public at a later date.

32. The International Labour Organisation (ILO) has also adopted a number of relevant international legal instruments. The most pertinent text is ILO Convention no. 111 on Discrimination (Employment and Occupation) of 1958. In its 1996 General Survey, the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR) restated its interpretation of Convention no. 111, drawing upon examples taken from national law. Regarding Germany, the CEACR's position was the following (§ 196):

"The Committee does not accept the argument that in cases in which persons had been accused of having carried out political activities in the former German Democratic Republic, the more the person had, by the assumption of certain functions, identified himself or herself with that unjust regime, the more incriminated he or she was, and the less reasonable it was that this person hold a position in the current administration."

More recently, however, the CEACR has expressed satisfaction with the German courts' observance of the principle of proportionality in cases where civil servants challenge their dismissal (see paragraph 3 of the Individual Observation to Germany under Convention no. 111 in 2000).

A 1996 survey identifies comparable provisions in the domestic law of a number of other European States.

In Bulgaria, section 9 of the Preceding and Concluding Provisions of the Banks and Credit Activity Act of 1992 excluded persons who had served the previous regime in certain capacities from employment in banks. The Bulgarian Constitutional Court ruled in 1992 that this provision was in violation of the Constitution and of ILO Convention no. 111.

In the former Czechoslovakia, the so-called Screening Act was passed in 1991, preventing persons who had served the previous regime in a number of capacities from taking up employment in the civil service or parts of the private sector. This legislation was declared unconstitutional by the Slovak Constitutional Court in 1996, which further found it to be incompatible with Convention no. 111. However, it remained in force in the Czech Republic, while the CEACR urged the Czech authorities to have due regard to the principle of proportionality in the application of the Act.

In Latvia, the State Civil Service Act of 2000 and the Police Act of 1999 prohibit the employment of persons who worked for or with the KGB. In 2003 the CEACR expressed its dissatisfaction with the above texts in the following terms:

“6. The Committee recalls that requirements of a political nature can be set for a particular job, but to ensure that they are not contrary to the Convention, they should be limited to the characteristics of a particular post and be in proportion to its labour requirements. The Committee notes that the above-established exclusions by the provisions under examination apply broadly to the entire civil service and police rather than to specific jobs, functions or tasks. The Committee is concerned that these provisions appear to go beyond justifiable exclusions in respect of a particular job based on its inherent requirements as provided for under Article 1 (2) of the Convention. The Committee recalls that for measures not to be deemed discriminatory under Article 4, they must be measures affecting an individual on account of activities he or she is justifiably suspected or proved to be engaged in which are prejudicial to the security of the State. Article 4 of the Convention does not exclude from the definition of discrimination measures taken by reason of membership of a particular group or community. The Committee also notes that in cases where persons are deemed to be justifiably suspected of or engaged in activities prejudicial to the security of the State, the individual concerned shall have the right to appeal to a competent body in accordance with national practice.

7. In the light of the above, the Committee considers the exclusions from being a candidate for any civil service position and from being employed by the police are not sufficiently well defined and delimited to ensure that they do not become discrimination in employment and occupation based on political opinion ...”

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION, TAKEN ALONE AND IN CONJUNCTION WITH ARTICLE 14

33. The applicants stated that the current ban under section 2 of the KGB Act on their finding employment in various branches of the private sector breached Article 8 of the Convention, taken alone and in conjunction with Article 14.

Article 8 of the Convention reads as follows:

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

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

Article 14 states:

“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.”

34. The Government submitted that Article 8 was not applicable in the present case as that provision did not guarantee a right to retain employment or to choose a profession. They further stated that, in any event, the application of the KGB Act to the applicants served the legitimate purpose of protecting national security and was necessary in a democratic society. According to the Government, the KGB Act constituted no more than a justified security screening measure intended to prevent former employees of a foreign secret service from working not only in State institutions but also in other spheres of activity which were important to the State’s national security. The KGB Act itself did not impose collective responsibility on all former KGB officers without exception. It provided for individualised restrictions on employment prospects by way of the list of positions in the former KGB which warranted application of the restrictions under section 2 of the KGB Act (see paragraph 27 above). The fact that the applicants were not entitled to benefit from any of the exceptions provided for in section 3 of the KGB Act showed that there existed a well-founded suspicion that the applicants lacked loyalty to the Lithuanian State. Given that not all former employees of the KGB were affected by the KGB Act, Article 14 of the Convention was not applicable. Accordingly, there was no violation of Article 8 of the Convention, either taken alone or in conjunction with Article 14.

35. The applicants contested the Government’s submissions. They complained in particular that they had been deprived of the possibility of seeking employment in various branches of the private sector until 2009 on the basis of their status as former KGB officers. They submitted that they had been given no opportunity under the KGB Act either to present their personal cases for evaluating and establishing their loyalty to the State or to avoid the application to them of the employment restrictions provided under section 2. In particular, the first applicant stressed that he had left the KGB in 1986 and the second applicant that he had left in 1990, thirteen and nine years respectively before the entry into force of the KGB Act. Furthermore, the first applicant contended that thereafter he had been actively involved in various activities promoting Lithuania’s independence. For his part, the second applicant submitted that he had been decorated as a prosecutor for his work in investigating various offences, including crimes against the State. However, none of those facts had been examined by the domestic courts, which had imposed restrictions on their future employment solely on the ground of their former employ-

ment in the KGB. Finally, the applicants submitted that as a result of the negative publicity caused by the enactment of the KGB Act and its application to them, they had suffered constant embarrassment on account of their past.

A. Scope of the applicants' complaints

36. The Court notes that the applicants' complaints under Article 8, taken alone or in conjunction with Article 14, do not concern their dismissal from their former employment as, respectively, a tax inspector and prosecutor. Furthermore, this part of the application is not directed against their inability to find employment as public servants. The applicants' complaints under Article 8 of the Convention, taken alone or in conjunction with Article 14, concern only the ban imposed on them until 2009 on applying for jobs in various branches of the private sector. This ban, effective since 1999, relates to the following private sector activities listed in section 2 of the KGB Act: "[work] as lawyers or notaries, as employees of banks and other credit institutions, on strategic economic projects, in security companies (structures), in other companies (structures) providing detective services, in communications systems or in the educational system as teachers, educators or heads of institutions[;] ... [work] requiring the carrying of a weapon."

37. The applicants complained that employment restrictions had been imposed on them on the basis of their former employment with the KGB. They essentially alleged discrimination in this respect. Therefore, the Court will first examine their complaints under Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8, and will then examine their complaints under Article 8 alone.

B. Applicability of Article 14

38. The Court reiterates that Article 14 of the Convention protects individuals in similar situations from being treated differently without justification in the enjoyment of their Convention rights and freedoms. This provision has no independent existence, since it has effect solely in relation to the rights and freedoms safeguarded by the other substantive provisions of the Convention and its Protocols. However, the application of Article 14 does not presuppose a breach of one or more of such provisions and to this extent it is autonomous. For Article 14 to become applicable, it suffices that the facts of a case fall within the ambit of another substantive provision of the Convention or its Protocols (see, *mutatis mutandis*, *Inze v. Austria*, judgment of 28 October 1987, Series A no. 126, p. 17, § 36).

39. The Court will therefore establish, firstly, whether there has been a difference in treatment of the applicants, and, if so, whether the facts of

the case fall within the ambit of Article 8 of the Convention, in order to rule on the applicability of Article 14.

1. Whether there has been a difference of treatment

40. The Court observes that, according to the Government, the fact of the applicants' KGB history cannot give rise to a complaint under Article 14 because not all former KGB officers were subjected to restrictions under the KGB Act. The Government stated that the reason for the enactment of the KGB Act and the employment restrictions imposed on the applicants was the lack of loyalty to the State on the part of former KGB officers. The Court observes that the KGB Act did not restrict the employment prospects of all former collaborators of the Soviet Security Service. Firstly, only those persons who had occupied the positions mentioned in the list of 26 January 1999 were considered to have the status of "former KGB officers" (see paragraph 27 above). Secondly, even those persons deemed to have that status could benefit from the amnesty rule mentioned in section 3 of the KGB Act if they had been engaged only in criminal, as opposed to political, investigations during their time at the KGB (see paragraph 24 above). Thirdly, there was the option of applying to the special presidential commission within a three-month period following the KGB Act's entry into force on 1 January 1999, asking the commission, in the exercise of its discretion, to lift any restrictions which may have been applied (see paragraph 24 above). Finally, it also appears from the impugned domestic proceedings in the instant case that the domestic courts took into consideration whether the applicants had been informers for the Lithuanian authorities immediately after the declaration of independence in 1990 as a possible ground for relieving them of the employment restrictions imposed on them (see paragraph 22 above).

41. However, the fact remains that the applicants were treated differently from other persons in Lithuania who had not worked for the KGB, and who as a result had no restrictions imposed on them in their choice of professional activities. In addition, in view of the Government's argument that the purpose of the KGB Act was to regulate the employment prospects of persons on the basis of their loyalty or lack of loyalty to the State, there has also been a difference of treatment between the applicants and other persons in this respect. For the Court, this is the appropriate comparison in the instant case for the purposes of Article 14.

2. Whether the facts complained of fall within the ambit of Article 8

42. It remains to be examined whether the applicants' inability to apply for various jobs in the private sector as a result of section 2 of the

KGB Act has impinged on their “private life” as protected by Article 8 of the Convention.

43. The Court has on a number of occasions ruled that “private life” is a broad term not susceptible to exhaustive definition (see, as a recent authority, *Peck v. the United Kingdom*, no. 44647/98, § 57, ECHR 2003-I). It has nevertheless also observed that Article 8 protects the moral and physical integrity of the individual (see *X and Y v. the Netherlands*, judgment of 26 March 1985, Series A no. 91, pp. 11-13, §§ 22-27), including the right to live privately, away from unwanted attention. It also secures to the individual a sphere within which he or she can freely pursue the development and fulfilment of his or her personality (see *Brügge and Scheuten v. Germany*, no. 6959/75, Commission’s report of 12 July 1977, Decisions and Reports 10, p. 115, § 55).

44. In *Niemietz v. Germany*, (judgment of 16 December 1992, Series A no. 251-B, pp. 33-34, § 29), the Court stated in regard to the notion of “private life”:

“... it would be too restrictive to limit the notion to an ‘inner circle’ in which the individual may live his own personal life as he chooses and to exclude therefrom entirely the outside world not encompassed within that circle. Respect for private life must also comprise to a certain degree the right to establish and develop relationships with other human beings.

There appears, furthermore, to be no reason of principle why this understanding of the notion of ‘private life’ should be taken to exclude activities of a professional or business nature since it is, after all, in the course of their working lives that the majority of people have a significant, if not the greatest, opportunity of developing relationships with the outside world. This view is supported by the fact that ... it is not always possible to distinguish clearly which of an individual’s activities form part of his professional or business life and which do not. Thus, especially in the case of a person exercising a liberal profession, his work in that context may form part and parcel of his life to such a degree that it becomes impossible to know in what capacity he is acting at a given moment of time.”

45. In the recent case of *Smirnova v. Russia* (nos. 46133/99 and 48183/99, §§ 96-97, ECHR 2003-IX), the Court examined the effect on an applicant’s “private life” of the seizure by the authorities of an official document (internal passport), even though no specific interference had been alleged by that applicant as a result of the seizure. The Court ruled that the absence of the passport itself caused a number of everyday inconveniences taken in their entirety, as the applicant needed the passport when performing such mundane tasks as exchanging currency or buying train tickets. It was also noted in particular that the passport was required by that applicant for more crucial needs such as finding employment or receiving medical care. The Court concluded that the deprivation of the passport in *Smirnova* had represented a continuing interference with that applicant’s “private life”.

46. The Court has also ruled that lack of access to the civil service as such cannot be the basis for a complaint under the Convention (see *Glaserapp and Kosiek v. Germany*, judgments of 28 August 1986 (Series A no. 104, p. 26, § 49, and no. 105, p. 20, § 35); the above principle was also reiterated in *Vogt v. Germany* (judgment of 26 September 1995, Series A no. 323, pp. 22-23, §§ 43-44). In *Thlimmenos v. Greece*, ([GC], no. 34369/97, § 41, ECHR 2000-IV), where an applicant had been refused registration as a chartered accountant because of a previous conviction, the Court also stated that the right to choose a particular profession was not as such guaranteed by the Convention.

47. Nevertheless, having regard in particular to the notions currently prevailing in democratic States, the Court considers that a far-reaching ban on taking up private sector employment does affect “private life”. It attaches particular weight in this respect to the text of Article 1 § 2 of the European Social Charter and the interpretation given by the European Committee of Social Rights (see paragraph 31 above) and to the texts adopted by the ILO (see paragraph 32 above). It further reiterates that there is no watertight division separating the sphere of social and economic rights from the field covered by the Convention (see *Airey v. Ireland*, judgment of 9 October 1979, Series A no. 32, pp. 14-16, § 26).

48. Turning to the facts of the present case, the Court notes that, as a result of the application of section 2 of the KGB Act to them, the applicants have been banned from 1999 until 2009 from engaging in professional activities in various branches of the private sector on account of their status as “former KGB officers” (see paragraph 27 above). Admittedly, the ban has not affected the applicants’ ability to engage in certain types of professional activity. The ban has, however, affected their ability to develop relationships with the outside world to a very significant degree and has created serious difficulties for them in terms of earning their living, with obvious repercussions on the enjoyment of their private lives.

49. The Court also notes the applicants’ argument that, as a result of the publicity caused by the adoption of the KGB Act and its application to them, they have suffered constant embarrassment as a result of their past activities. It accepts that the applicants continue to be burdened with the status of “former KGB officers” and that fact may in itself be considered an impediment to the establishment of contacts with the outside world – be they employment-related or other – and that this situation undoubtedly affects more than just their reputation; it also affects the enjoyment of their “private life”. The Court accepts that Article 8 cannot be relied on in order to complain of a loss of reputation which is the foreseeable consequence of one’s own actions such as, for example, the commission of a criminal offence. Furthermore, during the considerable period which elapsed between the fall of the former Soviet Union (and the ensuing

political changes in Lithuania) and the entry into force of the impugned legislation in 1999, it can reasonably be supposed that the applicants could not have envisaged the consequences their former KGB employment would entail for them. In any event, in the instant case there is more at stake for the applicants than the defence of their good name. They are marked in the eyes of society on account of their past association with an oppressive regime. Hence, and in view of the wide-ranging scope of the employment restrictions the applicants have to endure, the Court considers that the possible impediment to their leading a normal personal life must be taken to be a relevant factor in determining whether the facts complained of fall within the ambit of Article 8 of the Convention.

50. In the light of the above, the Court considers that the impugned ban affected, to a significant degree, the applicants' ability to pursue various professional activities and that there were consequential effects on the enjoyment of their right to respect for their "private life" within the meaning of Article 8. It follows that Article 14 of the Convention is applicable in the circumstances of this case taken in conjunction with Article 8.

C. Compliance with Article 14

51. According to the Court's case-law, a difference of treatment is discriminatory if it "has no objective and reasonable justification", that is, if it does not pursue a "legitimate aim" or if there is not a "reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised" (see *Inze*, cited above, p. 18, § 41).

52. The Court considers that, as a matter of principle, States have a legitimate interest in regulating employment conditions in the public service as well as in the private sector. In this respect, it reiterates that the Convention does not guarantee as such the right to have access to a particular profession (see, *mutatis mutandis*, *Vogt*, cited above, pp. 22-23, § 43; see also *Thlimmenos*, cited above, § 41). In the recent *Volkmer* (no. 39799/98, 22 November 2001) and *Petersen* (no. 39793/98, ECHR 2001-XII) decisions concerning Germany, the Court also ruled in the context of Article 10 of the Convention that a democratic State had a legitimate interest in requiring civil servants to show loyalty to the constitutional principles on which the society was founded.

53. The Court notes the decision of the Lithuanian Constitutional Court of 4 March 1999, which stated that the KGB Act restricting the employment prospects of former KGB officers was intended to ensure the protection of national security and proper functioning of the educational and financial systems (see paragraph 28 above). In their justification of this ban before the Court, the respondent Government have sub-

mitted that the reason for the imposition of employment restrictions under the KGB Act on the applicants was not their KGB history as such, but their lack of loyalty to the State as evidenced by their former employment with the KGB.

54. The Court must have regard in this connection to Lithuania's experience under Soviet rule, which ended with the declaration of independence in 1990. It has not been contested by the applicants that the activities of the KGB were contrary to the principles guaranteed by the Lithuanian Constitution or indeed by the Convention. Lithuania wished to avoid a repetition of its previous experience by founding its State, *inter alia*, on the belief that it should be a democracy capable of defending itself. It is to be noted also in this context that systems similar to the one under the KGB Act, restricting the employment prospects of former security agents or active collaborators of the former regime, have been established in a number of Contracting States which have successfully emerged from totalitarian rule (see paragraphs 30-32 above).

55. In view of the above, the Court accepts that the restriction on the applicants' employment prospects under the KGB Act, and hence the difference of treatment applied to them, pursued the legitimate aims of the protection of national security, public safety, the economic well-being of the country and the rights and freedoms of others (see, *mutatis mutandis*, *Rekvenyi v. Hungary* [GC], no. 25390/94, § 41, ECHR 1999-III).

56. It remains to be established whether the impugned distinction constituted a proportionate measure. The applicants' principal argument before the Court was that neither the KGB Act nor the domestic proceedings in their cases established their actual loyalty to the Lithuanian State. They argued that the impugned restrictions were imposed in the abstract and that they were punished solely on the basis of their status as former KGB officers without any account being taken of the special features of their own cases. For the following reasons, however, the Court does not consider it necessary to rule on the question of whether the applicants were given an opportunity to provide evidence of their loyalty to the State or whether their lack of loyalty was indeed proved.

57. Even assuming that their lack of loyalty had been undisputed, it must be noted that the applicants' employment prospects were restricted not only in the State service but also in various branches of the private sector. The Court reiterates that the requirement of an employee's loyalty to the State is an inherent condition of employment with State authorities responsible for protecting and securing the general interest. However, there is not inevitably such a requirement for employment with private companies. Although the economic activities of private sector players undoubtedly affect and contribute to the functioning of the State, they are not depositaries of the sovereign power vested in the State. Moreover, private companies may legitimately engage in activities, notably

financial and economic, which compete with the goals fixed for public authorities or State-run companies.

58. In the Court's view, State-imposed restrictions on a person's opportunity to find employment with a private company for reasons of lack of loyalty to the State cannot be justified from the Convention perspective in the same manner as restrictions on access to their employment in the public service, regardless of the private company's importance to the State's economic, political or security interests.

59. Furthermore, in deciding whether the measures complained of were proportionate, the Court cannot overlook the ambiguous manner in which the KGB Act deals with, on the one hand, the question of the lack of loyalty of former KGB officers such as the applicants – be it assumed on the basis of their KGB past or duly proved on the facts – and, on the other hand, the need to apply the restrictions to employment in certain private sector jobs. In particular, section 2 of the KGB Act lists very concisely the private sector activities from which the applicants, as persons deemed to be lacking in loyalty, should be excluded (see paragraphs 24 and 40 above). However, with the exception of references to “lawyers” and “notaries”, the KGB Act contains no definition of the specific jobs, functions or tasks which the applicants are barred from holding. The result is that it is impossible to ascertain any reasonable link between the positions concerned and the legitimate aims sought by the ban on holding those positions. In the Court's view, such a legislative scheme must be considered as lacking the necessary safeguards for avoiding discrimination and for guaranteeing adequate and appropriate judicial supervision of the imposition of such restrictions (see, *inter alia*, the conclusions pertaining to access to the public service reached in regard to similar legislation in Latvia by the ILO Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, referred to in paragraph 32 above).

60. Finally, the Court observes that the KGB Act came into force in 1999, that is, almost a decade after Lithuania declared its independence on 11 March 1990; in other words, the restrictions on the applicants' professional activities were imposed on them thirteen years and nine years respectively after their departure from the KGB. The fact of the KGB Act's belated timing, although not in itself decisive, may nonetheless be considered relevant to the overall assessment of the proportionality of the measures taken.

61. In view of the above, the Court concludes that the ban on the applicants seeking employment in various branches of the private sector, in application of section 2 of the KGB Act, constituted a disproportionate measure, even having regard to the legitimacy of the aims pursued by that ban.

62. There has therefore been a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8.

D. The applicants' complaint under Article 8 taken alone

63. The Court considers that since it has found a breach of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8, it is not necessary to consider whether there has been a violation of Article 8 taken alone.

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

64. The applicants complained that their dismissal from their jobs in State institutions and the other restrictions imposed on their finding employment were in breach of Article 10 of the Convention, taken in conjunction with Article 14.

Article 10 provides:

“1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

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

65. The Government submitted that Article 10 was not applicable in the present case. In any event they stated that the application of the KGB Act to the applicants served the legitimate purpose of the protection of national security and was necessary in a democratic society in view of the applicants' lack of loyalty to the State. The applicants had not been punished for their views, be they views which they hold at present or views that they might have held in the past. The KGB Act had not imposed a collective responsibility on all former KGB officers without exception. The fact that the applicants were not entitled to benefit from any of the exceptions provided for in section 3 of the KGB Act showed that there had been a well-founded suspicion that the applicants had been lacking in loyalty to the Lithuanian State. Accordingly, there had been no violation of Article 10 of the Convention, either taken alone or in conjunction with Article 14.

66. The applicants contested the Government's submissions. They stated in particular that they had lost their jobs and had been deprived of all possibility of finding proper employment on account of their past views as reflected in their employment with the KGB. Their own loyalty to the Lithuanian State had never been questioned during the domestic

proceedings; nor had they had the opportunity to submit arguments to the domestic courts proving their loyalty. The KGB Act had arbitrarily and collectively punished all former KGB officers regardless of their personal history. Their dismissal in the circumstances had been disproportionate to the attainment of any public-interest aim which might have been pursued by the KGB Act. Throughout their work as, respectively, a tax inspector and a prosecutor, they had been loyal to the idea of Lithuanian independence and to the democratic principles enshrined in the Constitution. The applicants concluded that their dismissal from their jobs and the current ban on their finding employment in various public and private sector activities had violated Articles 10 and 14 of the Convention.

67. The issue of the applicability of Article 10 of the Convention is in dispute between the parties. The Court reiterates in this respect that lack of access to the civil service as such cannot be a basis for a complaint under the Convention (see *Glaserapp* and *Kosiek*, both cited above, p. 26, § 49 and p. 20 § 35; the above principle was also reiterated in *Vogt*, cited above, pp. 22-23, §§ 43-44). In *Thlimmenos*, cited above, where an applicant had been refused registration as a chartered accountant because of his previous conviction, the Court also stated that the right to choose a particular profession was not as such guaranteed by the Convention (*ibid.*, § 41).

68. Admittedly, the Court has also held that the dismissal of a civil servant or a State official on political grounds may give rise to a complaint under Article 10 of the Convention (see *Vogt*, cited above; see also *Volkmer* and *Petersen*, cited above). It notes, however, that the employment restrictions suffered by the applicants in those cases related to their specific activities as a member of the Communist Party in West Germany (*Vogt*) or as collaborators of the regime in the former German Democratic Republic (*Volkmer* and *Petersen*).

69. By contrast, in the present case both applicants suffered employment restrictions not as a result of the outcome of ordinary labour law proceedings, but as a result of the application to them of special domestic legislation which imposed screening measures on the basis of their former employment with the KGB. Having regard to the domestic decisions given in their cases, it appears that the national courts were solely concerned with establishing the nature of the applicants' former employment with the KGB, rather than giving specific consideration to the particular circumstances of each of the applicants' cases, for example the views they held or expressed during or after their employment with the KGB.

70. In addition, in the aforementioned cases against Germany, an interference with the right guaranteed by Article 10 was found as a result of the fact that those applicants had been dismissed from teaching posts, which by their nature involve the imparting of ideas and information on a daily basis. The Court is not convinced that the applicants' dismissal from their positions as, respectively, a tax inspector and a prosecutor, or their

alleged inability to find employment in line with their academic qualifications as, respectively, a sports instructor and a lawyer, amount to a restriction on their ability to express their views or opinions to the same extent as in the above-mentioned cases against Germany.

71. The Court does not find, therefore, that the application of the employment restrictions to the applicants under the KGB Act encroached upon their right to freedom of expression. It follows that Article 10 of the Convention is not applicable in the instant case.

72. To the extent that the applicants' complaints relate to Article 14 of the Convention, the Court reiterates that that provision has no independent existence, since it has effect solely in relation to the rights and freedoms safeguarded by the other substantive provisions of the Convention and its Protocols. However, the application of Article 14 does not presuppose a breach of one or more of such provisions and to this extent it is autonomous. For Article 14 to become applicable, it suffices that the facts of a case fall within the ambit of another substantive provision of the Convention or its Protocols (see *Thlimmenos*, cited above, § 40). Since the Court has found that Article 10 does not apply in the present case, there can be no scope for the application of Article 14 in conjunction with the applicants' complaints under Article 10.

73. There has therefore been no breach of Article 10 of the Convention, taken alone or in conjunction with Article 14.

III. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

74. Article 41 of the Convention provides:

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

A. Damage

75. The first applicant claimed 257,154 litai (LTL), approximately 74,365 euros (EUR), for pecuniary damage as a result of being subjected to employment restrictions under the KGB Act. He also claimed LTL 500,000 (approximately EUR 144,592) for non-pecuniary damage.

76. The second applicant claimed LTL 201,508.54 (approximately EUR 58,273) for pecuniary damage and LTL 75,000 (approximately EUR 21,689) for non-pecuniary damage.

77. The Government considered the claims to be exorbitant.

78. The Court notes that it has found a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8 as regards the employment restrictions that were imposed on the applicants under the KGB

Act. It considers in this respect that they can be considered to have sustained a certain amount of pecuniary and non-pecuniary damage. Making its assessment on an equitable basis, the Court awards each of the applicants EUR 7,000 under this head.

B. Costs and expenses

79. The first applicant claimed LTL 40,000 (approximately EUR 11,567) for costs and expenses in respect of the Convention proceedings. The second applicant claimed LTL 31,860 (approximately EUR 9,213).

80. The Government considered the claims to be exaggerated.

81. 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. In addition, legal costs are only recoverable in so far as they relate to the violation found (see *The former King of Greece and Others v. Greece* (just satisfaction) [GC], no. 25701/94, § 105, 28 November 2002).

82. The Court notes that the applicants were granted legal aid under the Court's legal aid scheme, under which the sum of EUR 2,318.63 has been paid to the first applicant's lawyer, and the sum of EUR 2,225.95 to the second applicant's lawyer, to cover the submission of the applicants' observations and additional comments, the lawyers' appearance at the hearing, and the conduct of the friendly-settlement negotiations.

83. Making its assessment on an equitable basis, the Court awards each of the applicants EUR 5,000 for legal costs and expenses, less the sums already paid under the Court's legal aid scheme (respectively, EUR 2,318.63 and EUR 2,225.95). Consequently, the Court awards the final amount of EUR 2,681.37 in respect of the first applicant's costs and expenses, and EUR 2,774.05 in respect of the second applicant's costs and expenses.

C. Default interest

84. 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 five votes to two, that there has been a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8;
2. *Holds*, by five votes to two, that it is not required to rule on the applicants' complaints under Article 8 of the Convention taken alone;

3. *Holds*, unanimously, that there has been no violation of Article 10 of the Convention taken alone or in conjunction with Article 14;
4. *Holds*, by five votes to two,
 - (a) that the respondent State is to pay, within three months from the date on which the judgment becomes final according to Article 44 § 2 of the Convention:
 - (i) EUR 7,000 (seven thousand euros) to each of the applicants in respect of pecuniary and non-pecuniary damage;
 - (ii) EUR 2,681.37 (two thousand six hundred and eighty-one euros thirty-seven cents) to the first applicant in respect of costs and expenses;
 - (iii) EUR 2,774.05 (two thousand seven hundred and seventy-four euros five cents) to the second applicant in respect of costs and expenses; and
 - (iv) any tax that may be chargeable, these amounts to be converted into the currency of the respondent State at the rate applicable on the date of settlement;
 - (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 applicants' claims for just satisfaction.

Done in English, and notified in writing on 27 July 2004, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

S. DOLLÉ
Registrar

L. LOUCAIDES
President

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

- (a) partly concurring opinion of Mrs Mularoni;
- (b) partly dissenting opinion of Mr Loucaides;
- (c) partly dissenting opinion of Mrs Thomassen.

L.L.
S.D.

PARTLY CONCURRING OPINION OF JUDGE MULARONI

I would have preferred the Court to have examined the applicants' complaints under Article 8 of the Convention taken alone and to have concluded that it was unnecessary for it to rule on their complaint under Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8. However, I agreed to vote with the majority as I considered it important to rule that Article 8 has been violated in this case.

I fully share the considerations set out in paragraphs 52 to 61 of the judgment.

However, I disagree with those contained in paragraph 49.

I consider that the applicants' argument, that because of the publicity caused by the enactment of the KGB Act on 16 July 1998 and its application to them they have suffered constant embarrassment as a result of their past activities, does not deserve the Court's attention. The applicants worked for the KGB and they never contested that the KGB's activities were contrary to the principles guaranteed by the Lithuanian Constitution or by the Convention (see paragraph 54 of the judgment). The Court accepted that the restriction on the applicants' employment prospects under the impugned Act pursued the legitimate aims of the protection of national security, public safety, the economic well-being of the country and the rights and freedoms of others (see paragraph 55 of the judgment).

Everyone has to accept the consequences of his or her actions in life and the fact that the applicants continue to be burdened with the status of "former KGB officers" is, in my view, totally irrelevant to the question of the applicability (and the violation) of Article 8 of the Convention. The argument that they are stigmatised by society on account of their past association with an oppressive regime has, to my mind, nothing to do with the respondent State's responsibility for the violation of Article 8 of the Convention.

I also consider that the argument that the applicants could not have envisaged the consequences their former KGB employment would entail for them is equally irrelevant to the issue of the applicability (and violation) of Article 8. If such an argument were accepted, any act, even the most reprehensible, committed by a dictator when in power could justify a finding of a violation of the Convention following the establishment of a democratic regime. It should not be overlooked in this connection that Article 17 of the Convention provides that "[n]othing in [the] Convention may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth ... in the Convention".

In my opinion, it is conclusive that the ban on seeking employment affected to an extremely significant degree the applicants' opportunity to pursue various professional activities and that there were consequential effects on the enjoyment of their right to respect for their private life within the meaning of Article 8. I agree with the majority that the fact that the applicants were prevented from seeking employment in various branches of the private sector on account of the statutory ban constituted a disproportionate measure, even having regard to the legitimacy of the aims pursued by that ban. That in itself should have been sufficient to have led the Court to a conclusion that Article 8 was violated in the applicants' case.

PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGE LOUCAIDES

I do not agree with the majority that Article 14 is applicable in the present case, for the following reasons.

It is established case-law that Article 14 safeguards individuals placed in an “analogous” or “similar” or “relevantly similar” situation (see *Marckx v. Belgium*, judgment of 13 June 1979, Series A no. 31, pp. 15-16, § 32; *Van der Musselle v. Belgium*, judgment of 23 November 1983, Series A no. 70, pp. 22-23, § 46; *Fredin v. Sweden (no. 1)*, judgment of 18 February 1991, Series A no. 192, p. 19, § 60; and *Stubbings and Others v. the United Kingdom*, judgment of 22 October 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV, p. 1507, § 72). Therefore, as pointed out in the case-law: “For a claim of a violation of this Article to succeed, it has therefore to be established, *inter alia*, that the situation of the alleged victim can be considered similar to that of persons who have been better treated” (see *Fredin* and *Stubbings and Others*, *loc. cit.*).

In examining this question, account should be taken of the aim and effects of the law or measure in issue. The Act under consideration imposed restrictions on the professional activities of persons who had in the past worked for the KGB, the activities of which were contrary to the principles guaranteed by the Lithuanian Constitution and by the Convention. The KGB Act aimed to protect national security, public safety and the rights and freedoms of others, by avoiding a repetition of previous experience which could occur if former KGB employees were to engage in activities similar to those of that organisation. It is therefore evident that the impugned restrictions provided by the law in question were directly connected to the status of “former KGB officers” of persons such as the applicants.

The majority found that Article 14 was applicable in this case because the applicants were treated differently from other persons in Lithuania who had not worked for the KGB (see paragraph 41 of the judgment). However, in the light of the above, I do not see how the people who had not worked for the KGB were in an “analogous”, “similar” or “relevantly similar” situation to those who had.

Although I find that Article 14 is not applicable in the present case, I do find that the restrictions imposed on the professional activities of the applicants were, in the circumstances of the case as explained in the judgment, so onerous and disproportionate to the aim pursued that they amounted to an unjustified interference with the private lives of the applicants. Consequently, I find that there has been a breach of Article 8 of the Convention.

PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGE THOMASSEN

I voted against the finding of the majority that there has been a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8.

I have some problems in examining the justification of the measures taken in respect of former employees of the KGB in terms of “discrimination”. The principle of non-discrimination, as it is recognised in European constitutions and in international treaties, refers above all to a denial of opportunities on grounds of personal choices in so far as these choices should be respected as elements of someone’s personality, such as religion, political opinion, sexual orientation and gender identity, or, on the contrary, on grounds of personal features in respect of which no choice at all can be made, such as sex, race, disability and age.

Working for the KGB in my opinion does not fall within either of these categories.

While it is true that former KGB employees were treated differently from “other persons in Lithuania who had not worked for the KGB” (see paragraph 41 of the judgment), this difference does not come within the scope of Article 14 in so far as it relates to access to particular professions, as the right to a free choice of profession is not guaranteed by the Convention (see, *mutatis mutandis*, *Thlimmenos* [GC], no. 34369/97, § 41, ECHR 2000-IV).

I do agree, however, that the application of the law, which in itself pursued a legitimate aim, was of such a general character that it affected the applicants’ ability to develop relationships with the outside world as protected by Article 8 (see *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, § 61, ECHR 2002-III) to a significant extent and therefore interfered with their private lives. In view of the circumstances of the present applications, such as the fact that the law was applied many years after the applicants had left the KGB and many years after the date of Lithuania’s independence, without any account being taken of the special features of their individual cases, this interference cannot be considered proportionate. Consequently, Article 8 of the Convention has been violated.

SIDABRAS ET DŽIAUTAS c. LITUANIE
(Requêtes n^{os} 55480/00 et 59330/00)

DEUXIÈME SECTION

ARRÊT DU 27 JUILLET 2004¹

1. Traduction; original anglais.

SOMMAIRE¹**Restrictions à l'emploi à l'égard d'anciens agents du KGB****Article 14 combiné avec l'article 8**

Discrimination – Vie privée – Restrictions à l'emploi à l'égard d'anciens agents du KGB – Différence de traitement – Effet sur la vie privée d'une interdiction de travailler dans certaines branches du secteur privé – Régulation de l'emploi par l'Etat – Contexte historique – Buts légitimes des restrictions à l'accès à l'emploi – Distinction entre l'emploi dans la fonction publique et l'emploi dans le secteur privé – Proportionnalité

*
* * *

Avant l'accession de la Lituanie à l'indépendance en 1990, les requérants avaient occupé des postes au sein du comité pour la sécurité d'Etat de l'URSS (KGB). Après l'indépendance, ils trouvèrent un emploi d'inspecteur des impôts et de procureur respectivement. En 1999 entra en vigueur une nouvelle loi interdisant aux anciens agents du KGB de travailler dans le secteur public et d'occuper certains emplois dans le secteur privé, et ce pendant dix ans. En conséquence, les requérants furent révoqués et se virent empêchés de chercher du travail dans ces secteurs jusqu'en 2009. Ils intentèrent tous deux des actions administratives mais n'obtinrent pas gain de cause.

1. Article 14 combiné avec l'article 8: a) Applicabilité – Les requérants sont traités différemment des autres ressortissants lituaniens qui n'ont pas travaillé pour le KGB et, en outre, le Gouvernement ayant affirmé que la loi visait à réguler les perspectives d'emploi des gens en fonction de leur loyauté ou de leur absence de loyauté envers l'Etat, il y a également une différence de traitement entre les requérants et d'autres personnes de ce point de vue. Quant à savoir si les faits tombent dans le champ d'application de l'article 8, la Cour considère, eu égard aux notions qui prévalent dans les Etats démocratiques, qu'une interdiction générale d'occuper un emploi dans le secteur privé porte atteinte à la vie privée. Cette interdiction affecte au plus haut point la capacité des requérants à nouer des liens avec le monde extérieur. De surcroît, leur qualité d'«anciens agents du KGB» constitue un obstacle de plus à l'établissement de tels liens, ce qui n'a pas que des effets sur leur réputation mais en a aussi sur leur vie privée. Etant donné l'ampleur des restrictions en matière d'emploi que les requérants ont à subir, les effets risquant de nuire à leur capacité à mener une vie personnelle normale doivent passer pour un facteur pertinent. Dans ces conditions, la Cour estime qu'il y a des conséquences sur la jouissance par les requérants du droit au respect de la vie privée; il s'ensuit que l'article 14 est applicable combiné avec l'article 8.

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

b) Observation – Par principe, les Etats ont un intérêt légitime à réguler les conditions d'emploi dans le service public ainsi que dans le secteur privé. En l'espèce, compte tenu de la situation qu'a connue la Lituanie sous la férule soviétique et du souhait de ce pays d'éviter de réitérer son expérience passée, la Cour admet que les limitations apportées aux perspectives d'emploi des requérants visaient des buts légitimes : la protection de la sécurité nationale, de la sûreté publique, du bien-être économique du pays et des droits et libertés d'autrui. Toutefois, en ce qui concerne la proportionnalité de la distinction attaquée, et même à supposer que les requérants n'aient pas fait preuve de loyauté envers l'Etat ainsi que le Gouvernement l'allègue, les perspectives d'emploi des requérants ont été limitées aussi dans le secteur privé. Si l'exigence de loyauté envers l'Etat est une condition inhérente à l'emploi au service des autorités publiques, chargées de la sauvegarde de l'intérêt général, pareille exigence ne s'attache pas à l'emploi dans le secteur privé. Ainsi, les restrictions imposées par l'Etat aux perspectives d'emploi dans une société du secteur privé ne peuvent se justifier, sous l'angle de la Convention, de la même manière que les restrictions à l'accès à la fonction publique, quelle que soit l'importance de la société privée pour les intérêts de l'Etat en matière économique, politique ou de sécurité. En outre, la loi ne définit aucunement les tâches, fonctions ou emplois particuliers qu'il est interdit aux requérants d'exercer. Une telle législation est ainsi dépourvue des sauvegardes nécessaires pour éviter toute discrimination et pour garantir un contrôle juridictionnel adéquat. Enfin, l'entrée en vigueur tardive de la loi, en conséquence de quoi les restrictions en cause ont été infligées aux requérants treize et neuf ans respectivement après qu'ils eurent quitté le KGB, est également un élément à prendre en compte dans l'appréciation globale de la proportionnalité. En conclusion, l'interdiction qui a été faite aux requérants de chercher un emploi dans diverses branches du secteur privé représente une mesure disproportionnée.

Conclusion : violation (cinq voix contre deux).

La Cour dit également, par cinq voix contre deux, qu'il n'y a pas lieu d'examiner l'article 8 pris isolément.

2. Article 10, pris isolément et combiné avec l'article 14 : eu égard aux décisions internes, il apparaît que les juridictions nationales se sont uniquement attachées à établir la nature du travail que les requérants avaient effectué pour le KGB au lieu d'accorder une attention spéciale aux particularités du cas de chacun d'eux, par exemple aux opinions qu'ils avaient eues ou exprimées. De plus, la Cour n'est pas convaincue que la révocation des requérants ou les restrictions à l'emploi qu'ils ont connues constituent une limitation à leur capacité à exprimer leurs opinions dans la même mesure que dans de précédentes affaires concernant des postes d'enseignants. Partant, les restrictions en cause n'ont pas porté atteinte au droit des requérants à la liberté d'expression.

Conclusion : non-violation (unanimité).

Article 41 : la Cour alloue certaines sommes pour dommage matériel et moral ainsi que pour frais et dépens.

Jurisprudence citée par la Cour

Brügemann et Scheuten c. Allemagne, n° 6959/75, rapport de la Commission du 12 juillet 1977, Décisions et rapports 10

Airey c. Irlande, arrêt du 9 octobre 1979, série A n° 32

X et Y c. Pays-Bas, arrêt du 26 mars 1985, série A n° 91
Glaserapp c. Allemagne, arrêt du 28 août 1986, série A n° 104
Kosiek c. Allemagne, arrêt du 28 août 1986, série A n° 105
Inze c. Autriche, arrêt du 28 octobre 1987, série A n° 126
Niemietz c. Allemagne, arrêt du 16 décembre 1992, série A n° 251-B
Vogt c. Allemagne, arrêt du 26 septembre 1995, série A n° 323
Rekvényi c. Hongrie [GC], n° 25390/94, CEDH 1999-III
Thlimmenos c. Grèce [GC], n° 34369/97, CEDH 2000-IV
Volkmer c. Allemagne (déc.), n° 39799/98, 22 novembre 2001
Petersen c. Allemagne (déc.), n° 39793/98, CEDH 2001-XII
Peck c. Royaume-Uni, n° 44647/98, CEDH 2003-I
Smirnova c. Russie, n°s 46133/99 et 48183/99, CEDH 2003-IX

En l'affaire Sidabras et Džiautas c. Lituanie,

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

MM. L. LOUCAIDES, *président*,

J.-P. COSTA,

C. BIRSAN,

K. JUNGWIERT,

V. BUTKEVYCH,

M^{mes} W. THOMASSEN,

A. MULARONI, *juges*,

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

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 1^{er} juillet et 21 octobre
2003 et 6 juillet 2004,

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

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouvent deux requêtes (n^{os} 55480/00 et 59330/00) dirigées contre la République de Lituanie et dont deux ressortissants de cet Etat, M. Juozas Sidabras et M. Kęstutis Džiautas (« les requérants »), ont saisi la Cour respectivement le 29 novembre 1999 et le 5 juillet 2000 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Les requérants ont été représentés par M^r E. Morkūnas, avocat à Šiauliai, et M^r V. Barkauskas, avocat à Vilnius. Le gouvernement lituanien (« le Gouvernement ») a été représenté par ses agents, M. G. Švedas et M^{me} D. Jočienė, du ministère de la Justice.

3. Les requérants alléguaient en particulier qu'ils avaient perdu leur travail et que leurs perspectives de trouver un emploi étaient limitées par suite de l'application de la loi sur l'évaluation du comité pour la sécurité d'Etat de l'URSS (NKVD, NKGB, MGB, KGB) et des activités désormais exercées par les anciens employés permanents de l'organisation, au mépris des articles 8, 10 et 14 de la Convention.

4. Les requêtes ont été attribuées à la troisième 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. A la suite du départ de M. Kris, juge élu au titre de la Lituanie (article 28 du règlement), le Gouvernement a désigné M. J.-P. Costa, juge élu au titre de la France, pour siéger à sa place (articles 27 § 2 de la Convention et 29 § 1 du règlement).

5. Le 1^{er} novembre 2001, la Cour a modifié la composition de ses sections (article 25 § 1 du règlement). L'affaire a été attribuée à la

deuxième section ainsi 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.

6. La chambre a décidé de joindre les requêtes (article 42 § 1 du règlement).

7. Une audience s'est déroulée en public au Palais des Droits de l'Homme, à Strasbourg, le 1^{er} juillet 2003 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M^{me} D. JOČIENĖ,

agente ;

– *pour les requérants*

M^{rs} E. MORKŪNAS,

V. BARKAUSKAS,

conseils.

La Cour les a entendus en leurs déclarations.

8. Par une décision du 1^{er} juillet 2003 prise à l'issue de l'audience sur la recevabilité et le fond (article 54 § 3 du règlement), la Cour a déclaré les requêtes partiellement recevables.

9. Tant les requérants que le Gouvernement ont soumis des observations sur le fond (article 59 § 1 du règlement).

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

10. Le premier requérant est né en 1951 et réside à Šiauliai; le second est né en 1962 et vit à Vilnius.

Les faits de la cause, tels qu'ils ont été présentés par les parties, peuvent se résumer comme suit.

A. Le premier requérant

11. En 1974, le premier requérant sortit de l'Institut lituanien de culture physique avec le diplôme d'instructeur sportif.

12. De 1975 à 1986, il travailla pour la section lituanienne du comité pour la sécurité d'Etat de l'URSS (KGB). Après que la Lituanie eut proclamé son indépendance en 1990, il trouva un emploi d'inspecteur des impôts dans l'administration fiscale.

13. Le 31 mai 1999, deux autorités – le service lituanien de la sécurité d’Etat et le centre de recherche sur le génocide et la résistance du peuple lituanien – conclurent conjointement que le premier requérant était visé par les restrictions prévues à l’article 2 de la loi sur l’évaluation du comité pour la sécurité d’Etat de l’URSS (NKVD, NKGB, MGB, KGB) et des activités désormais exercées par les anciens employés permanents de l’organisation (ci-après «la loi sur le KGB» – paragraphe 24 ci-dessous). Elles conclurent également que le premier requérant avait la qualité d’«ancien agent du KGB» (paragraphe 26-27 ci-dessous). Le 2 juin 1999, le premier requérant fut révoqué de son poste dans l’administration fiscale sur la base de cette conclusion.

14. Le premier requérant intenta une action devant les tribunaux administratifs à l’encontre des services de renseignements et de sécurité, c’est-à-dire les deux autorités précitées, arguant qu’il n’avait travaillé que dans le contre-renseignement et l’idéologie lorsqu’il était au service du KGB et qu’il n’avait pas participé aux violations des droits individuels commises par cette organisation. Il soutint que sa révocation en vertu de l’article 2 de la loi sur le KGB et l’impossibilité qui en découlait pour lui de trouver un emploi étaient de ce fait illégales.

15. Le 9 septembre 1999, la Cour administrative suprême jugea que la conclusion rendue le 31 mai 1999 était fondée et que le requérant était visé par les restrictions prévues à l’article 2 de la loi sur le KGB. A cet égard, elle estima que le requérant avait la qualité d’«ancien agent du KGB» au sens de cette loi étant donné qu’il avait occupé l’un des emplois mentionnés dans la liste du 26 janvier 1999.

16. Le 19 octobre 1999, la cour d’appel rejeta le recours du premier requérant, jugeant que celui-ci n’avait pas occupé au KGB un poste où il n’aurait été chargé que des enquêtes pénales, ce pourquoi il ne pouvait bénéficier des exceptions énumérées à l’article 3 de la loi sur le KGB.

B. Le second requérant

17. Dans les années 80, à une date non précisée, le second requérant obtint le diplôme de juriste à l’université de Vilnius.

18. A compter du 11 février 1991, il travailla comme procureur au parquet général de Lituanie, où il s’occupait plus particulièrement des affaires de crime organisé et de corruption.

19. Le 26 mai 1999, le service lituanien de la sécurité d’Etat et le centre de recherche sur le génocide et la résistance du peuple lituanien conclurent conjointement que, de 1985 à 1991, le second requérant avait été employé par la section lituanienne du KGB, qu’il avait la qualité d’«ancien agent du KGB» et qu’il était en conséquence visé par les restrictions prévues à l’article 2 de la loi sur le KGB. Le 31 mai 1999, le

second requérant fut révoqué de son emploi au parquet général sur la base de cette conclusion.

20. Le second requérant intenta une action devant les tribunaux administratifs à l'encontre des services de renseignements et de sécurité et du parquet général. Il affirma que, de 1985 à 1990, il n'avait fait qu'étudier dans une école spéciale du KGB à Moscou et qu'à partir de 1990-1991 il avait travaillé au KGB comme informateur des services lituaniens de renseignements et de sécurité, raison pour laquelle il devait être autorisé à bénéficier des exceptions prévues à l'article 3 de la loi sur le KGB. Il soutint que sa révocation en application de ladite loi et l'impossibilité de trouver un emploi qui en résultait pour lui étaient illégales.

21. Le 6 août 1999, la Cour administrative suprême accueillit la plainte du requérant, annula la conclusion du 26 mai 1999 et ordonna la réintégration du requérant dans son poste. Elle considéra que la période de 1985 à 1990 où le requérant avait étudié dans une école du KGB n'était pas à prendre en compte aux fins de la loi sur le KGB, que l'intéressé avait travaillé pour le KGB pendant cinq mois en 1990-1991, qu'il n'y avait pas occupé un poste où il traitait des enquêtes politiques et que, en tout état de cause, il avait été un informateur secret des autorités lituaniennes. Cette juridiction conclut donc que les exceptions prévues à l'article 3 de la loi sur le KGB s'appliquaient au second requérant, dont la révocation avait par conséquent été illégale.

22. Le 25 octobre 1999, à la suite d'un recours émanant des services de renseignements et de sécurité, la cour d'appel annula la décision du 6 août 1999. Elle estima que, si le tribunal de première instance avait conclu à juste titre que le second requérant n'avait travaillé pour le KGB que pendant cinq mois, il n'avait pas été établi que ce fût en tant qu'informateur secret des autorités lituaniennes. Dès lors, l'intéressé ne pouvait bénéficier des exceptions prévues à l'article 3 de la loi sur le KGB.

23. Le second requérant forma un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel. Par une décision du 28 janvier 2000, le président de la Cour suprême accueillit le pourvoi. Toutefois, par une décision définitive rendue le 20 avril 2000, la Cour suprême en formation plénière refusa d'examiner le pourvoi et mit un terme à la procédure pour défaut de compétence.

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

24. La loi sur l'évaluation du comité pour la sécurité d'Etat de l'URSS (NKVD, NKGB, MGB, KGB) et des activités désormais exercées par les anciens employés permanents de l'organisation (*Istatymas dėl SSRS valstybės saugumo komiteto (NKVD, NKGB, MGB, KGB) vertinimo ir šios organizacijos kadrinių darbuotojų dabartinės veiklos*) («la loi sur le KGB») a

été adoptée le 16 juillet 1998 par le Parlement lituanien (*Seimas*) et promulguée par le président de la République. Elle est ainsi libellée en ses articles pertinents :

Article 1

Reconnaissance du comité pour la sécurité d'Etat de l'URSS comme organisation criminelle

« Le comité pour la sécurité d'Etat de l'URSS (NKVD, NKGB, MGB, KGB – ci-après « le CSE ») est reconnu comme une organisation criminelle ayant commis des crimes de guerre, des génocides et des actes de répression, de terreur et de persécution politique sur le territoire de la Lituanie pendant l'occupation de celle-ci par l'URSS. »

Article 2

Restrictions aux activités désormais exercées par les anciens employés permanents du CSE

« Pendant une période de dix ans à compter de la date d'entrée en vigueur de la présente loi, les anciens employés du CSE ne seront pas autorisés à travailler comme agents de l'Etat ou fonctionnaires pour les services du gouvernement, des collectivités locales ou de la défense, pour le service de la sécurité d'Etat, la police, le parquet, les tribunaux ou le service diplomatique, les douanes, les organes de contrôle de l'Etat et autres autorités contrôlant des institutions publiques, comme avocats et notaires, employés de banques et d'autres institutions de crédit, à des projets économiques stratégiques, dans des sociétés de sécurité (structures), dans d'autres sociétés (structures) fournissant des services de détective, dans les systèmes de communications ou dans le système éducatif comme professeurs, éducateurs ou chefs d'établissement[;] ils ne pourront pas non plus occuper de poste requérant le port d'armes. »

Article 3

Exceptions aux restrictions

« 1. Les restrictions prévues à l'article 2 ne sont pas appliquées aux anciens employés permanents du CSE qui, pendant qu'ils travaillaient pour ce dernier, n'ont enquêté que sur ses affaires pénales, et ont cessé toute activité pour le CSE au plus tard le 11 mars 1990.

2. Le centre de recherche sur le génocide et la résistance du peuple lituanien et le service de la sécurité d'Etat peuvent [recommander au moyen d'] une requête motivée qu'aucune des restrictions prévues dans la présente loi ne soit appliquée aux anciens employés permanents du CSE qui, dans les trois mois à compter de la date d'entrée en vigueur de la présente loi, se signaleront au service de la sécurité d'Etat et fourniront toutes les informations dont ils disposent (...) au sujet du travail qu'ils ont effectué pour le CSE et de leurs relations actuelles avec les anciens employés et agents du CSE. Une décision sera prise à ce sujet par une commission composée de trois personnes nommées par le président de la République. Aucun des employés du centre de recherche sur le génocide et la résistance du peuple lituanien ou du service de la sécurité d'Etat ne peut être désigné pour faire partie de cette commission, dont le règlement doit être confirmé par le président de la République. »

Article 4**Procédure de mise en œuvre de la loi**

«La procédure de mise en œuvre de la loi est régie par [une loi spéciale].»

Article 5**Entrée en vigueur de la loi**

«La présente loi entre en vigueur le 1^{er} janvier 1999.»

25. A la suite de l'examen par la Cour constitutionnelle de la compatibilité de la loi sur le KGB avec la Constitution (paragraphe 28 ci-dessous), l'article 3 de cette loi fut amendé le 5 mai 1999 en sorte que même les personnes ayant travaillé pour le KGB après le 11 mars 1990 pussent bénéficier des exceptions prévues à l'article 3 de ladite loi.

26. Le 16 juillet 1998 fut adoptée une loi distincte sur la mise en œuvre de la loi sur le KGB. Cette nouvelle loi conférait au centre de recherche sur le génocide et la résistance du peuple lituanien et au service de la sécurité d'Etat le pouvoir de rendre une conclusion quant à la qualité d'«ancien employé permanent du KGB» («ancien agent du KGB») d'une personne aux fins de ladite loi.

27. Le 26 janvier 1999, le gouvernement adopta une liste (ci-après «la liste») des postes au sein des diverses sections du KGB sur le territoire lituanien attestant de la qualité d'«ancien agent du KGB» au sens de la loi sur le KGB. Cette liste énumérait 395 postes différents.

28. Le 4 mars 1999, la Cour constitutionnelle examina la compatibilité de la loi sur le KGB avec la Constitution. Elle dit notamment que cette loi avait été adoptée afin d'appliquer des mesures de «filtrage de sécurité» aux anciens agents du KGB, qui étaient réputés manquer de loyauté envers l'Etat lituanien. Elle conclut que l'interdiction faite aux anciens agents du KGB d'occuper des postes dans la fonction publique était compatible avec la Constitution. Elle jugea en outre que l'interdiction légale d'occuper des emplois dans certaines branches du secteur privé frappant les anciens agents du KGB était conforme au principe constitutionnel du libre choix de la profession, car l'Etat était en droit d'imposer des exigences spécifiques aux personnes cherchant du travail dans les secteurs économiques les plus importants en vue de protéger la sécurité nationale et de veiller au bon fonctionnement des systèmes éducatif et financier. La Cour constitutionnelle dit aussi que les restrictions prévues dans la loi sur le KGB ne constituaient pas une accusation pénale contre les anciens agents du KGB.

29. Bien que la loi sur le KGB ne garantisse pas expressément le droit d'accès à un tribunal pour contester la conclusion des services de renseignements et de sécurité, les tribunaux internes ont reconnu qu'en pratique une révocation d'un poste dans la fonction publique motivée par une telle conclusion donnait lieu à une action devant les tribunaux admi-

nistratifs (et à un recours) en vertu de la procédure générale régissant les conflits du travail et les allégations de violation des droits attachés à la personne de la part des autorités publiques, en vertu des articles 4, 7, 8, 26, 49, 50, 59, 63 et 64 du code de procédure administrative, de l'article 222 du code civil et de l'article 336 du code de procédure civile (dans leurs versions en vigueur à l'époque des faits).

III. DISPOSITIONS DU DROIT INTERNATIONAL ET DE CERTAINS SYSTÈMES JURIDIQUES NATIONAUX RELATIVES AUX RESTRICTIONS À L'EMPLOI POUR DES MOTIFS POLITIQUES

30. Des restrictions ont été instaurées dans de nombreux pays post-communistes afin que soient filtrés à l'embauche les anciens agents des services de sécurité ou les collaborateurs actifs des régimes déchus. A cet égard, les organisations internationales de défense des droits de l'homme ont parfois trouvé à redire à des lois allant en ce sens lorsque celles-ci n'avaient pas la précision ou la proportionnalité nécessaires, considérant que ces lois créaient une discrimination à l'embauche ou à l'exercice d'une profession fondée sur les opinions politiques (voir ci-dessous). La possibilité de faire appel devant un tribunal a été regardée comme une garantie importante quoique non suffisante en soi pour rectifier la législation.

31. L'article 1 § 2 de la Charte sociale européenne dispose :

«En vue d'assurer l'exercice effectif du droit au travail, les Parties contractantes s'engagent :

(...)

2. à protéger de façon efficace le droit pour le travailleur de gagner sa vie par un travail librement entrepris[.]»

Cette disposition, reprise mot pour mot dans la Charte sociale révisée de 1996 (entrée en vigueur à l'égard de la Lituanie le 1^{er} août 2001), a toujours été interprétée par le Comité européen des droits sociaux (CEDS) comme énonçant le droit de ne pas subir de discrimination dans le cadre du travail. L'article E de la charte révisée énonce ce principe de non-discrimination dans les termes suivants :

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

La question de la révocation de fonctionnaires à cause de leurs activités sous les régimes totalitaires a été étudiée à la lumière de ces dispositions, au moins en ce qui concerne l'Allemagne. Dans l'examen qu'il a effectué

très récemment du respect par l'Allemagne de l'article 1 § 2 (publié en novembre 2002), le CEDS a pris note des clauses du Traité de réunification autorisant la révocation de fonctionnaires en raison de leurs activités pour le compte du service de sécurité de la RDA. Il a conclu que l'Allemagne ne respectait pas ses obligations, s'exprimant en ces termes :

«Le Comité constate qu'il n'y a pas de définition précise des fonctions dont peuvent être exclues, soit par refus d'embauche, soit par licenciement, des personnes en raison de leurs activités politiques passées ou de leurs activités au sein des institutions de l'ancienne RDA compétentes en matière de sécurité.

Le Comité examine la conformité de ces dispositions à la lumière de l'article 31 de la Charte. En vertu de cette disposition, une restriction à un droit garanti par la Charte est licite à condition d'être prescrite par la loi, d'être nécessaire dans une société démocratique et de poursuivre l'un des buts qu'elle énumère. Le Comité constate que les dispositions précitées sont prévues par la loi au sens de l'article 31 et correspondent à l'un des buts reconnus par ce même article, la protection de la sécurité nationale. Toutefois, il considère qu'elles ne sont pas «nécessaires» au sens de l'article 31 en ce qu'elles n'intéressent pas les seules administrations ayant des responsabilités en matière d'ordre et de sécurité publiques ou les fonctions comportant de telles responsabilités.»¹

Le CEDS a adopté le 28 mai 2004 ses conclusions quant à la mise en œuvre par la Lituanie de la Charte sociale révisée et les rendra publiques ultérieurement.

32. L'Organisation internationale du travail (OIT) a également adopté un certain nombre d'instruments juridiques pertinents. Le plus intéressant est la convention n° 111 de 1958 concernant la discrimination (emploi et profession). Dans ses observations générales de 1996, la commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations (CEACR) a réitéré son interprétation de la convention n° 111 en prenant des exemples tirés du droit national. La position de la CEACR concernant l'Allemagne était la suivante (§ 196) :

«La commission n'a pas retenu l'argument selon lequel dans les cas impliquant accusation pour activités politiques antérieures dans l'ancienne RDA, plus la personne, par l'exercice de certaines fonctions, s'était identifiée au régime injuste, plus elle était condamnable et plus il n'était pas raisonnable qu'elle occupe un poste dans l'administration actuelle.»²

Plus récemment, toutefois, la CEACR s'est déclarée satisfaite du respect par les tribunaux allemands du principe de proportionnalité dans des affaires où des fonctionnaires avaient contesté leur révocation (voir le paragraphe 3 de l'observation individuelle adressée à l'Allemagne au titre de la convention n° 111 en 2000).

1. Traduction établie par le CEDS.

2. Traduction établie par l'OIT.

Une étude datant de 1996 recense des clauses comparables dans le droit interne d'un certain nombre d'autres États européens.

En Bulgarie, l'article 9 des clauses introductives et finales de la loi de 1992 sur les banques et les activités de crédit interdit aux personnes ayant exercé certaines fonctions au service de l'ancien régime de travailler dans la banque. La Cour constitutionnelle bulgare a jugé en 1992 que cette disposition était contraire à la Constitution et à la convention n° 111 de l'OIT.

Dans l'ex-Tchécoslovaquie, la « loi de filtrage », adoptée en 1991, interdit aux personnes ayant occupé certains postes dans l'ancien régime de travailler dans la fonction publique ou certaines parties du secteur privé. La Cour constitutionnelle slovaque a déclaré en 1996 cette loi inconstitutionnelle et, de plus, contraire à la convention n° 111. Cette législation est toutefois restée en vigueur en République tchèque, et la CEACR a instamment prié les autorités tchèques de tenir dûment compte du principe de proportionnalité lors de l'application de la loi.

En Lettonie, la loi de 2000 sur la fonction publique et la loi de 1999 sur la police ferment ces secteurs aux personnes ayant travaillé pour ou avec le KGB. En 2003, la CEACR a exprimé sa désapprobation à l'égard de ces textes dans les termes suivants :

« 6. La commission rappelle que des exigences de nature politique peuvent être définies pour un emploi donné mais, pour qu'elles ne contreviennent pas à la convention, elles doivent être limitées aux caractéristiques d'un poste déterminé et être proportionnelles aux exigences inhérentes à l'emploi. La commission constate que les exclusions définies ci-dessus s'appliquent à l'ensemble de la fonction publique et de la police et non à des emplois, fonctions ou tâches clairement définis. La commission craint que ces dispositions ne soient beaucoup plus vastes que les exclusions justifiables aux termes de l'article 1, paragraphe 2, de la convention, c'est-à-dire fondées sur les exigences inhérentes à un emploi déterminé. En outre, la commission rappelle que, pour ne pas être considérées comme discriminatoires en vertu de l'article 4, les mesures en question doivent affecter une personne qui fait individuellement l'objet d'une suspicion légitime de se livrer à une activité préjudiciable à la sécurité de l'État ou dont il est établi qu'elle se livre en fait à cette activité. L'article 4 de la convention n'exclut pas de la définition de la discrimination les mesures prises pour cause d'appartenance à un groupe ou à une communauté donnée. La commission note en outre que toute personne qui fait individuellement l'objet d'une suspicion légitime de se livrer à une activité préjudiciable à la sécurité de l'État doit avoir le droit de recourir à une instance compétente établie suivant la pratique nationale.

7. Compte tenu de ce qui précède, la commission considère que les exclusions empêchant une personne de se porter candidate à un poste de la fonction publique et d'être employée dans la police ne sont pas suffisamment précises et circonscrites pour garantir qu'elles ne constituent pas une forme de discrimination dans l'emploi et la profession fondée sur l'opinion politique. (...) »¹

1. Traduction établie par l'OIT.

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION, PRIS ISOLÉMENT ET COMBINÉ AVEC L'ARTICLE 14

33. Les requérants allèguent que l'interdiction que leur fait actuellement l'article 2 de la loi sur le KGB de trouver un emploi dans diverses branches du secteur privé emporte violation de l'article 8 de la Convention, pris isolément et combiné avec l'article 14.

L'article 8 de la Convention dispose :

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

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire 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. »

L'article 14 est ainsi libellé :

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

34. Le Gouvernement affirme que l'article 8 n'entre pas en jeu en l'espèce car cette disposition ne garantit pas le droit de conserver un emploi ou de choisir une profession. En tout état de cause, l'application de la loi sur le KGB aux requérants servirait un but légitime – protéger la sécurité nationale – et serait nécessaire dans une société démocratique. Selon le Gouvernement, la loi en question n'est qu'une mesure justifiée de filtrage en matière de sécurité visant à empêcher les anciens agents d'un service secret étranger de travailler non seulement dans les institutions de l'Etat mais aussi dans d'autres domaines d'activité importants pour la sécurité nationale. La loi elle-même n'imposerait pas une responsabilité collective à tous les anciens agents du KGB sans exception mais renfermerait des limitations individualisées touchant les perspectives d'emploi par le biais de l'adoption de la liste des postes au sein de l'ancien KGB appelant l'application des restrictions prévues à l'article 2 de la loi (paragraphe 27 ci-dessus). Le fait que les requérants ne soient autorisés à bénéficier d'aucune des exceptions prévues à l'article 3 de la loi sur le KGB montrerait qu'il existe de bonnes raisons de douter de leur loyauté envers l'Etat lituanien. Etant donné que tous les anciens agents du KGB n'ont pas été touchés par la loi sur le KGB, l'article 14 de la Convention ne

serait pas applicable. Dès lors, il n'y aurait pas violation de l'article 8 de la Convention, pris isolément ou combiné avec l'article 14.

35. Les requérants contestent les arguments du Gouvernement. Ils se plaignent notamment de ne pouvoir chercher un emploi dans diverses branches du secteur privé jusqu'en 2009 en raison de leur qualité d'anciens agents du KGB. Ils soutiennent que la loi sur le KGB ne leur permet ni de présenter leur cas personnel afin de faire évaluer et établir leur loyauté envers l'État ni d'éviter l'application à leur égard des restrictions à l'emploi énoncées à l'article 2. En particulier, le premier requérant souligne qu'il a quitté le KGB en 1986 et le second qu'il en est parti en 1990, soit treize ans et neuf ans respectivement avant l'entrée en vigueur de la loi. En outre, le premier requérant fait valoir qu'il a par la suite participé à diverses activités en faveur de l'indépendance de la Lituanie. De son côté, le second requérant souligne qu'il a été décoré en tant que procureur pour son travail d'enquête sur diverses infractions, dont des crimes contre l'État. Cependant, les tribunaux internes n'ont pris en compte aucun de ces faits mais ont imposé des restrictions aux intéressés quant à leur emploi futur au seul motif qu'ils avaient travaillé auparavant pour le KGB. Enfin, les requérants soutiennent qu'en raison de la publicité négative provoquée par l'adoption de la loi sur le KGB et de son application à leur égard, leur passé est pour eux source d'embarras quotidiens.

A. Portée des griefs des requérants

36. La Cour relève que les requérants tirent grief de l'article 8, pris isolément ou combiné avec l'article 14, non en ce qui concerne leur révocation de leur poste respectif d'inspecteur des impôts et de procureur, ou l'impossibilité où ils sont de trouver un emploi dans la fonction publique. Sur le terrain de ces articles, ils ne se plaignent que de l'interdiction qui leur est faite jusqu'en 2009 de postuler à des emplois dans diverses branches du secteur privé. En effet, l'article 2 de la loi sur le KGB, entrée en vigueur en 1999, interdit de travailler dans les diverses branches d'activité du secteur privé suivantes: «(...) comme avocats et notaires, employés de banques et d'autres institutions de crédit, à des projets économiques stratégiques, dans des sociétés de sécurité (structures), dans d'autres sociétés (structures) fournissant des services de détective, dans les systèmes de communications ou dans le système éducatif comme professeurs, éducateurs ou chefs d'établissement[;] (...) [dans un] poste requérant le port d'armes».

37. Les requérants dénoncent les restrictions à l'emploi qui leur sont imposées au motif qu'ils ont auparavant travaillé pour le KGB; ils se plaignent essentiellement d'une discrimination à cet égard. La Cour

examinera donc tout d'abord les griefs tirés de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 puis ensuite ceux tirés de l'article 8 pris isolément.

B. Applicabilité de l'article 14

38. La Cour rappelle que l'article 14 de la Convention protège les personnes placées dans des situations analogues contre toute différence de traitement non justifiée dans la jouissance des droits et libertés que leur garantit la Convention. Cette disposition n'a pas d'existence indépendante puisqu'elle vaut uniquement pour la jouissance des droits et libertés que les autres clauses normatives de la Convention et des Protocoles consacrent. Toutefois, elle peut entrer en jeu même sans un manquement aux exigences de ces clauses et, dans cette mesure, possède une portée autonome. Pour qu'elle trouve à s'appliquer, il suffit que les faits du litige tombent sous l'empire de l'une au moins desdites clauses (voir, *mutatis mutandis*, *Inze c. Autriche*, arrêt du 28 octobre 1987, série A n° 126, p. 17, § 36).

39. En conséquence, la Cour établira tout d'abord s'il y a une différence de traitement à l'égard des requérants et, dans l'affirmative, elle recherchera ensuite, pour statuer sur l'applicabilité de l'article 14, si les faits de la cause tombent dans le champ d'application de l'article 8.

1. Sur le point de savoir s'il y a différence de traitement

40. La Cour observe que, selon le Gouvernement, le fait que les requérants aient appartenu au KGB ne saurait donner lieu à une plainte sous l'angle de l'article 14 étant donné que tous les anciens agents du KGB n'ont pas été touchés par les restrictions prévues par la loi sur le KGB. Pour le Gouvernement, l'adoption de cette loi et l'application aux requérants des restrictions à l'embauche qu'elle renferme étaient motivées par le manque de loyauté envers l'État des anciens agents du KGB. La Cour relève que la loi ne restreint pas les perspectives d'emploi de tous les anciens collaborateurs du service secret soviétique. Premièrement, seules les personnes ayant occupé les fonctions mentionnées dans la liste du 26 janvier 1999 sont considérées comme ayant la qualité d'«anciens agents du KGB» (paragraphe 27 ci-dessus). Deuxièmement, même les personnes réputées avoir cette qualité peuvent bénéficier de la règle d'amnistie prévue à l'article 3 de la loi sur le KGB si elles n'ont procédé qu'à des enquêtes pénales, et non politiques, pendant qu'elles travaillaient pour le KGB (paragraphe 24). Troisièmement, il était possible de saisir une commission présidentielle spéciale dans les trois mois suivant l'entrée en vigueur de la loi, le 1^{er} janvier 1999, pour lui demander de lever dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation les restrictions appliquées (paragraphe 24). Enfin,

il ressort également de la procédure interne attaquée en l'espèce que les juridictions nationales ont pris en compte le point de savoir si les requérants avaient été des informateurs des autorités lituaniennes immédiatement après la déclaration d'indépendance en 1990 afin de décider le cas échéant de lever les restrictions à l'emploi appliquées à leur égard (paragraphe 22 ci-dessus).

41. Toutefois, il demeure que les requérants sont traités différemment des autres ressortissants lituaniens qui n'ont pas travaillé pour le KGB et qui ne se voient donc pas imposer de restrictions quant au choix de leur activité professionnelle. De plus, puisque selon le Gouvernement la loi sur le KGB avait pour but de réguler les perspectives d'emploi des gens en fonction de leur loyauté ou de leur absence de loyauté envers l'Etat, il y a également une différence de traitement entre les requérants et d'autres personnes de ce point de vue. Pour la Cour, telle est la comparaison à laquelle il y a lieu de procéder en l'espèce aux fins de l'article 14.

2. *Sur le point de savoir si les faits dénoncés relèvent de l'article 8*

42. Il reste à examiner si l'impossibilité où les requérants se trouvent de se porter candidats à divers emplois dans le secteur privé en conséquence de l'article 2 de la loi sur le KGB porte atteinte à leur droit au respect de la «vie privée» protégé par l'article 8 de la Convention.

43. La Cour a dit à maintes occasions que la «vie privée» est une notion large qui ne se prête pas à une définition exhaustive (voir, récemment, *Peck c. Royaume-Uni*, n° 44647/98, § 57, CEDH 2003-I). Cependant, elle a également observé que l'article 8 protège l'intégrité morale et physique de la personne (*X et Y c. Pays-Bas*, arrêt du 26 mars 1985, série A n° 91, pp. 11-13, §§ 22-27), y compris le droit de vivre en privé, loin de toute attention non voulue. Le droit au respect de la vie privée assure également à l'individu un domaine dans lequel il peut poursuivre librement le développement et l'accomplissement de sa personnalité (*Brüggemann et Scheuten c. Allemagne*, n° 6959/75, rapport de la Commission du 12 juillet 1977, Décisions et rapports 10, p. 137, § 55).

44. Dans l'affaire *Niemietz c. Allemagne* (arrêt du 16 décembre 1992, série A n° 251-B, pp. 33-34, § 29), la Cour a déclaré au sujet de la notion de «vie privée» :

«Il serait (...) trop restrictif de (...) limiter [cette notion] à un «cercle intime» où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d'en écarter entièrement le monde extérieur à ce cercle. Le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables.

Il paraît, en outre, n'y avoir aucune raison de principe de considérer cette manière de comprendre la notion de «vie privée» comme excluant les activités professionnelles ou commerciales : après tout, c'est dans leur travail que la majorité des gens ont beaucoup, voire le maximum d'occasions de resserrer leurs liens avec le monde extérieur. Un fait

(...) le confirme : dans les occupations de quelqu'un, on ne peut pas toujours démêler ce qui relève du domaine professionnel de ce qui en sort. Spécialement, les tâches d'un membre d'une profession libérale peuvent constituer un élément de sa vie à un si haut degré que l'on ne saurait dire en quelle qualité il agit à un moment donné.»

45. Dans la récente affaire *Smirnova c. Russie* (n^{os} 46133/99 et 48183/99, §§ 96-97, CEDH 2003-IX), la Cour a examiné l'effet sur la «vie privée» de l'une des requérantes de la saisie par les autorités d'un document officiel lui appartenant (son passeport intérieur), alors même que l'intéressée ne se plaignait d'aucune ingérence précise résultant de cette saisie. La Cour a jugé que l'absence de passeport était en soi à l'origine d'une série de problèmes au quotidien car la requérante avait besoin de son passeport pour accomplir des tâches aussi courantes que le change de devises ou l'achat de billets de train. Elle a aussi relevé en particulier que le passeport était nécessaire à la requérante pour des besoins plus cruciaux, comme trouver un emploi ou recevoir des soins médicaux. La Cour a donc conclu dans l'affaire *Smirnova* que la privation de passeport avait constitué une ingérence continue dans la «vie privée» de la requérante concernée.

46. La Cour a également dit que le refus d'embauche dans la fonction publique ne peut en tant que tel constituer le fondement d'un grief tiré de la Convention (arrêts *Glaserapp c. Allemagne* et *Kosiek c. Allemagne* du 28 août 1986, respectivement série A n^o 104, p. 26, § 49, et série A n^o 105, p. 20, § 35). Elle a réaffirmé ce principe dans l'arrêt *Vogt c. Allemagne* du 26 septembre 1995 (série A n^o 323, pp. 22-23, §§ 43-44). Par ailleurs, dans l'affaire *Thlimmenos c. Grèce* ([GC], n^o 34369/97, § 41, CEDH 2000-IV), où le requérant n'avait pas été nommé expert-comptable en raison d'une condamnation antérieure, la Cour a dit que la Convention ne garantissait pas le droit de choisir une profession particulière.

47. Néanmoins, compte tenu notamment des notions qui prévalent actuellement dans les Etats démocratiques, la Cour estime qu'une interdiction générale d'occuper un emploi dans le secteur privé porte bien atteinte à la «vie privée». Elle attache un poids particulier à cet égard au texte de l'article 1 § 2 de la Charte sociale européenne et à l'interprétation qu'en donne le Comité européen des droits sociaux (paragraphe 31 ci-dessus), ainsi qu'aux textes adoptés par l'OIT (paragraphe 32 ci-dessus). Elle rappelle de plus que nulle cloison étanche ne sépare la sphère des droits économiques et sociaux du domaine de la Convention (*Airey c. Irlande*, arrêt du 9 octobre 1979, série A n^o 32, pp. 14-16, § 26).

48. Pour en venir aux faits de la cause, la Cour note qu'à la suite de l'application à eux de l'article 2 de la loi sur le KGB, les requérants se sont vu interdire d'occuper un emploi dans diverses branches du secteur privé, et ce de 1999 à 2009, en raison de leur qualité d'«anciens agents du KGB» (paragraphe 27 ci-dessus). Certes, cette interdiction ne les empêche pas d'exercer certains types d'activités professionnelles mais elle affecte au

plus haut point leur capacité à nouer des liens avec le monde extérieur et leur cause de graves difficultés quant à la possibilité de gagner leur vie, ce qui a des répercussions évidentes sur leur vie privée.

49. La Cour prend aussi note de l'argument des requérants selon lequel, à cause de la publicité provoquée par l'adoption de la « loi sur le KGB » et de l'application de celle-ci à leur égard, leurs activités antérieures sont pour eux source d'embarras quotidiens. Elle admet que les requérants continuent d'être accablés par leur qualité d'« anciens agents du KGB » – ce fait pouvant en lui-même passer pour un obstacle à l'établissement de contacts avec le monde extérieur, qu'ils soient de nature professionnelle ou non – et que cette situation n'a certainement pas que des effets sur leur réputation mais en a aussi sur leur « vie privée ». La Cour reconnaît qu'on ne saurait invoquer l'article 8 pour se plaindre d'une atteinte à sa réputation qui résulterait de manière prévisible de ses propres actions, telle une infraction pénale. D'un autre côté, il est raisonnable de supposer que, pendant le délai considérable qui s'est écoulé entre la chute de l'ex-Union soviétique (avec les changements politiques qui s'en sont suivis en Lituanie) et l'entrée en vigueur de la législation en cause en 1999, les requérants ne pouvaient envisager les conséquences que leurs années au service du KGB entraîneraient pour eux. Quoi qu'il en soit, pour les intéressés, l'enjeu va en l'espèce au-delà de la défense de leur réputation. Aux yeux de la société, ils sont marqués par leur association passée avec un régime d'oppression. Partant, et eu égard à l'ampleur des restrictions en matière d'emploi que les requérants ont à subir, la Cour estime que les effets risquant de nuire à la capacité des requérants à mener une vie personnelle normale doivent être regardés comme un facteur pertinent lorsqu'il s'agit de déterminer si les faits dénoncés tombent dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention.

50. Dans ces conditions, la Cour considère que l'interdiction litigieuse affecte sensiblement la possibilité pour les requérants d'exercer diverses activités professionnelles et entraîne des conséquences sur la jouissance par eux du droit au respect de la « vie privée » au sens de l'article 8. Il s'ensuit que, dans les circonstances de la cause, l'article 14 de la Convention est applicable combiné avec l'article 8.

C. Observation de l'article 14

51. D'après la jurisprudence de la Cour, une différence de traitement 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 » (arrêt *Inze* précité, p. 18, § 41).

52. La Cour estime que, par principe, les Etats ont un intérêt légitime à réguler les conditions d'emploi dans le service public ainsi que dans le secteur privé. A ce propos, elle réaffirme que la Convention ne garantit pas en tant que tel le droit d'accès à une profession particulière (voir, *mutatis mutandis*, les arrêts précités *Vogt*, pp. 22-23, § 43, et *Thlimmenos*, § 41). Dans les décisions récentes *Volkmer c. Allemagne* (n° 39799/98, 22 novembre 2001) et *Petersen c. Allemagne* (n° 39793/98, CEDH 2001-XII), elle a aussi dit, dans le contexte de l'article 10 de la Convention, qu'un Etat démocratique a un intérêt légitime à exiger des fonctionnaires qu'ils fassent preuve de loyauté envers les principes constitutionnels sur lesquels repose la société.

53. La Cour prend note de la décision de la Cour constitutionnelle lituanienne du 4 mars 1999, selon laquelle la loi limitant les perspectives d'emploi des anciens agents du KGB avait pour but de protéger la sécurité nationale et d'assurer le bon fonctionnement des systèmes éducatif et financier (paragraphe 28 ci-dessus). Pour justifier cette mesure d'interdiction devant elle, le gouvernement défendeur a avancé que les restrictions à l'emploi prévues dans la loi sur le KGB avaient été appliquées aux requérants non pas en raison de leur appartenance passée au KGB en tant que telle mais à cause de leur absence de loyauté envers l'Etat, dont témoignait le fait qu'ils avaient été au service du KGB.

54. La Cour doit tenir compte à cet égard de la situation qu'a connue la Lituanie sous la férule soviétique, et qui a pris fin avec la déclaration d'indépendance en 1990. Les requérants n'ont pas contesté que les activités du KGB étaient contraires aux principes garantis par la Constitution lituanienne et d'ailleurs par la Convention. La Lituanie souhaitait éviter de réitérer son expérience passée en fondant son Etat notamment sur la conviction que ce devait être une démocratie capable de se défendre par elle-même. Il faut aussi noter dans ce contexte que des systèmes similaires à celui instauré par la loi sur le KGB et limitant les perspectives d'emploi des anciens agents des services de sécurité ou des personnes ayant activement collaboré avec le régime antérieur ont été mis en place dans un certain nombre d'Etats contractants qui ont réussi à se libérer du joug totalitaire (paragraphe 30-32 ci-dessus).

55. Vu les considérations qui précèdent, la Cour admet que les limitations apportées aux perspectives d'emploi des requérants en vertu de la loi sur le KGB, et donc la différence de traitement qui leur a été appliquée, visaient des buts légitimes : la protection de la sécurité nationale, de la sûreté publique, du bien-être économique du pays et des droits et libertés d'autrui (voir, *mutatis mutandis*, *Rekvenyi c. Hongrie* [GC], n° 25390/94, § 41, CEDH 1999-III).

56. Reste à déterminer si la distinction litigieuse a revêtu un caractère proportionné. Le principal argument avancé par les requérants devant la Cour est que ni la loi ni la procédure interne les concernant n'ont permis

d'établir s'ils avaient été ou non loyaux envers l'Etat lituanien. Les intéressés soutiennent que les restrictions en cause leur ont été infligées dans l'abstrait et qu'ils ont été sanctionnés pour le seul motif qu'ils étaient d'anciens agents du KGB, sans que les caractéristiques propres à leur cas aient tant soit peu été prises en compte. Néanmoins, pour les raisons qui suivent, la Cour ne juge pas nécessaire de trancher la question de savoir si les requérants ont eu la possibilité de donner des preuves de leur loyauté envers l'Etat ou si leur absence de loyauté a bien été démontrée.

57. Même à supposer que leur absence de loyauté ait été incontestable, il faut noter que les perspectives d'embauche des requérants ont été limitées non seulement dans la fonction publique mais aussi dans diverses branches du secteur privé. La Cour réaffirme que l'exigence de loyauté envers l'Etat est une condition inhérente à l'emploi au service des autorités publiques, chargées de la sauvegarde de l'intérêt général. En revanche, pareille exigence ne s'attache pas inévitablement à l'emploi dans le secteur privé. Même si leurs activités économiques ont sans nul doute un effet sur le fonctionnement de l'Etat et y contribuent, les acteurs du secteur privé ne détiennent aucune parcelle de la souveraineté de l'Etat. De plus, les sociétés privées peuvent légitimement se livrer à des activités, notamment financières et économiques, qui entrent en concurrence avec les objectifs fixés pour les services publics ou les entreprises étatisées.

58. De l'avis de la Cour, les restrictions imposées par l'Etat aux perspectives d'emploi d'une personne dans une société du secteur privé pour manque de loyauté envers l'Etat ne peuvent se justifier, sous l'angle de la Convention, de la même manière que les restrictions à l'accès à la fonction publique, quelle que soit l'importance de la société privée pour les intérêts de l'Etat en matière économique, politique ou de sécurité.

59. De surcroît, pour décider si les mesures dénoncées étaient proportionnées, la Cour ne saurait négliger l'ambiguïté avec laquelle la loi sur le KGB traite, d'une part, de la question du manque de loyauté des anciens agents du KGB, tels les requérants – que ce manque de loyauté soit supposé à cause de leur appartenance passée au KGB ou dûment prouvé à partir des faits – et, d'autre part, de la nécessité d'appliquer les restrictions à l'emploi dans certaines branches du secteur privé. En particulier, l'article 2 de la loi dresse une liste très concise des activités du privé dont les requérants, en tant que personnes réputées manquer de loyauté, doivent être exclus (paragraphe 24 et 40 ci-dessus). Toutefois, à l'exception de la mention des «avocats» et «notaires», la loi ne définit aucunement les tâches, fonctions ou emplois particuliers qu'il est interdit aux requérants d'exercer. Il est dès lors impossible de déterminer s'il existe un lien raisonnable entre les postes concernés et les buts légitimes visés par l'interdiction d'occuper ces postes. Selon la Cour, une telle législation est dépourvue des sauvegardes nécessaires

pour éviter toute discrimination et pour garantir un contrôle juridictionnel adéquat et approprié de la décision d'infliger semblables restrictions (voir notamment les conclusions relatives à l'accès à la fonction publique, dégagées au sujet d'une législation similaire en vigueur en Lettonie par la commission d'experts de l'OIT pour l'application des conventions et recommandations, citées au paragraphe 32 ci-dessus).

60. Enfin, la Cour observe que la loi sur le KGB est entrée en vigueur en 1999, soit près d'une décennie après la proclamation d'indépendance de la Lituanie, intervenue le 11 mars 1990. En d'autres termes, les restrictions touchant les activités professionnelles des requérants leur ont été infligées treize et neuf ans respectivement après qu'ils eurent quitté le KGB. L'adoption tardive de la loi, sans être décisive, peut néanmoins être regardée comme un élément pertinent à prendre en compte dans l'appréciation globale de la proportionnalité des mesures en cause.

61. Eu égard aux considérations qui précèdent, la Cour conclut que l'interdiction qui a été faite aux requérants de chercher un emploi dans diverses branches du secteur privé, en application de l'article 2 de la loi sur le KGB, représentait une mesure disproportionnée même si est prise en compte la légitimité des buts qu'elle visait.

62. Il y a donc eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8.

D. Grief des requérants tiré de l'article 8 pris isolément

63. La Cour estime que, puisqu'elle a conclu à la violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8, il n'y a pas lieu qu'elle recherche s'il y a aussi eu violation de l'article 8 pris isolément.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 10 DE LA CONVENTION, PRIS ISOLÉMENT ET COMBINÉ AVEC L'ARTICLE 14

64. Les requérants se plaignent que leur révocation de leurs emplois respectifs dans des institutions de l'État ainsi que les autres restrictions à l'embauche qui les frappent emportent violation de l'article 10 de la Convention combiné avec l'article 14.

L'article 10 dispose :

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

65. Le Gouvernement soutient que l'article 10 n'entre pas en jeu en l'espèce. En tout état de cause, l'application de la loi sur le KGB aux requérants viserait un but légitime, c'est-à-dire la protection de la sécurité nationale, et serait nécessaire dans une société démocratique eu égard au manque de loyauté des intéressés envers l'Etat. Ces derniers n'auraient pas été punis pour leurs opinions, qu'il s'agisse de celles qui sont les leurs pour le moment ou de celles qu'ils ont pu avoir par le passé. La loi sur le KGB n'imposerait pas une responsabilité collective à tous les anciens agents du KGB sans exception. Le fait que les requérants n'aient pas été autorisés à bénéficier de l'une quelconque des exceptions prévues à l'article 3 de la loi sur le KGB montrerait qu'il existait de bonnes raisons de les soupçonner de manquer de loyauté envers l'Etat lituanien. Dès lors, il n'y aurait pas eu violation de l'article 10 de la Convention, pris isolément ou combiné avec l'article 14.

66. Les requérants contestent les arguments du Gouvernement. Ils déclarent en particulier qu'ils ont perdu leur travail et sont privés de toute possibilité de trouver un emploi convenable en raison de leurs opinions passées en tant qu'agents du KGB. Leur loyauté envers l'Etat lituanien n'aurait jamais été remise en question pendant la procédure interne et ils n'auraient pas non plus eu la possibilité de présenter aux tribunaux nationaux des arguments pour démontrer leur loyauté. La loi sur le KGB aurait puni tous les anciens agents du KGB de manière arbitraire et collective sans tenir compte de l'histoire personnelle de chacun. Leur révocation dans ces conditions était selon eux disproportionnée à l'intérêt public que pouvait viser la loi sur le KGB. Pendant toute la période où ils avaient été employés respectivement comme inspecteur des impôts et procureur, ils s'étaient montrés loyaux envers la notion de l'indépendance de la Lituanie et les principes démocratiques consacrés par la Constitution. Les requérants concluent que leur révocation de leur poste et l'interdiction qui leur est faite pour le moment de chercher un emploi dans différentes branches du secteur public et du secteur privé emportent violation des articles 10 et 14 de la Convention.

67. La question de l'applicabilité de l'article 10 de la Convention prête à controverse entre les parties. La Cour rappelle à cet égard que le refus d'embauche dans la fonction publique ne saurait fonder en soi une plainte sur le terrain de la Convention (arrêts *Glaserapp* et *Kosiek* précités, p. 26, § 49, et p. 20, § 35 respectivement ; ce principe a également été réaffirmé

dans l'arrêt *Vogt* précité, pp. 22-23, §§ 43-44). Dans l'affaire *Thlimmenos*, où le requérant n'avait pas été nommé expert-comptable en raison d'une condamnation antérieure, la Cour a dit que la Convention ne garantissait pas le droit de choisir une profession particulière (arrêt précité, § 41).

68. Certes, la Cour a également dit que la révocation d'un fonctionnaire ou d'un agent de l'État pour des motifs politiques peut donner naissance à un grief sous l'angle de l'article 10 de la Convention (arrêt *Vogt* précité et décisions *Volkmer* et *Petersen* précitées). Elle observe cependant que les restrictions en matière d'emploi subies par les requérants dans ces affaires avaient trait aux activités particulières qu'ils avaient menées en tant que membres du parti communiste en RFA (*Vogt*) ou collaborateurs du régime en place en RDA (*Volkmer* et *Petersen*).

69. En l'espèce, en revanche, les deux requérants ont fait l'objet de restrictions à l'embauche non à l'issue d'une procédure ordinaire en matière de droit du travail, mais à cause de l'application à leur égard d'une loi interne spéciale prévoyant des mesures de filtrage, au motif qu'ils étaient d'anciens agents du KGB. Quant aux décisions internes rendues dans leurs affaires, il apparaît que les juridictions nationales se sont uniquement attachées à établir la nature du travail que les requérants avaient effectué pour le KGB au lieu d'accorder une attention spéciale aux particularités du cas de chacun d'eux, par exemple aux opinions qu'ils avaient eues ou exprimées pendant qu'ils étaient au service du KGB ou par la suite.

70. En outre, dans les arrêts précités rendus contre l'Allemagne, la Cour a conclu à l'existence d'une ingérence dans le droit garanti par l'article 10 au motif que les intéressés avaient été révoqués de postes d'enseignants qui, par nature, supposent de communiquer quotidiennement des idées et informations. La Cour n'est pas convaincue qu'en l'espèce la révocation des requérants de leur poste respectif d'inspecteur des impôts et de procureur, ou l'impossibilité où ils allèguent avoir été mis de trouver un emploi correspondant à leurs diplômes soit d'instructeur sportif soit de juriste, constitue une limitation à leur capacité à exprimer leurs opinions dans la même mesure que dans les affaires précitées dirigées contre l'Allemagne.

71. Partant, la Cour ne juge pas que l'application de restrictions en matière d'emploi à leur égard en vertu de la loi sur le KGB a porté atteinte au droit des requérants à la liberté d'expression. Il s'ensuit que l'article 10 de la Convention n'entre pas en jeu en l'espèce.

72. Pour autant que les griefs tirés par les requérants de l'article 10 se rapportent à l'article 14 de la Convention, la Cour rappelle que cette disposition n'a pas d'existence indépendante puisqu'elle vaut uniquement pour la jouissance des droits et libertés garantis par les autres clauses normatives de la Convention et de ses Protocoles. Cependant,

elle peut entrer en jeu même sans un manquement à leurs exigences et, dans cette mesure, possède une portée autonome. Pour que l'article 14 trouve à s'appliquer, il suffit que les faits du litige tombent sous l'empire de l'une au moins desdites clauses (arrêt *Thlimmenos* précité, § 40). La Cour ayant conclu que l'article 10 n'entraîne pas en jeu en l'espèce, il s'ensuit que l'article 14 ne saurait trouver à s'appliquer combiné avec l'article 10.

73. Dès lors, il n'y a pas eu violation de l'article 10 de la Convention, pris isolément ou combiné avec l'article 14.

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

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

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

A. Dommage

75. Le premier requérant sollicite 257 154 litai (LTL), soit 74 365 euros (EUR) environ, en compensation du dommage matériel découlant des restrictions à l'emploi qu'il a subies. Il réclame aussi 500 000 LTL (144 592 EUR environ) au titre du dommage moral.

76. Le second requérant demande 201 508,54 LTL (58 273 EUR environ) au titre du dommage matériel et 75 000 LTL (21 689 EUR environ) au titre du dommage moral.

77. Le Gouvernement trouve ces sommes exorbitantes.

78. La Cour rappelle qu'elle a conclu à la violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 pour ce qui est des restrictions à l'emploi infligées aux requérants en vertu de la loi sur le KGB. A cet égard, on peut à son avis considérer que les intéressés ont subi un certain dommage matériel et moral. Statuant en équité, la Cour alloue à chacun des requérants 7 000 EUR à ce titre.

B. Frais et dépens

79. Le premier requérant demande 40 000 LTL (11 567 EUR environ) au titre des frais et dépens afférents à la procédure sur le terrain de la Convention. Le second requérant réclame pour sa part 31 860 LTL (9 213 EUR environ).

80. Le Gouvernement estime que ces montants sont excessifs.

81. 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 montant. En outre, les frais de justice ne sont recouvrables que dans la mesure où ils se rapportent à la violation constatée (*Ex-roi de Grèce et autres c. Grèce* [GC] (satisfaction équitable), n° 25701/94, § 105, 28 novembre 2002).

82. La Cour constate que les requérants ont été admis au bénéfice du régime d'assistance judiciaire de la Cour et qu'à ce titre l'avocat du premier et celui du second ont perçu 2 318,63 EUR et 2 225,95 EUR respectivement pour leur travail: soumission des observations et observations complémentaires des requérants, présence à l'audience et participation aux négociations relatives à un règlement amiable.

83. Statuant en équité, la Cour octroie à chacun des requérants 5 000 EUR pour frais et dépens, moins les sommes déjà versées dans le cadre de son régime d'assistance judiciaire (2 318,63 EUR et 2 225,95 EUR respectivement). En conséquence, la Cour alloue en définitive pour frais et dépens 2 681,37 EUR au premier requérant et 2 774,05 EUR au second requérant.

C. Intérêts moratoires

84. 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 cinq voix contre deux, qu'il y a eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8;
2. *Dit*, par cinq voix contre deux, qu'il n'y a pas lieu de statuer sur les griefs tirés par les requérants de l'article 8 de la Convention pris isolément;
3. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 10 de la Convention pris isolément ou combiné avec l'article 14;
4. *Dit*, par cinq voix contre deux,
 - a) que l'Etat défendeur doit verser, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention:
 - i. 7 000 EUR (sept mille euros) à chacun des requérants pour dommage matériel et moral,

- ii. 2 681,37 EUR (deux mille six cent quatre-vingt-un euros trente-sept centimes) au premier requérant pour frais et dépens,
 - iii. 2 774,05 EUR (deux mille sept cent soixante-quatorze euros cinq centimes) au second requérant pour frais et dépens, et
 - iv. tout montant pouvant être dû à titre d'impôt sur lesdites sommes, celles-ci devant être converties en la monnaie de l'État défendeur au taux applicable à la date du règlement ;
- 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 anglais, puis communiqué par écrit le 27 juillet 2004, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

S. DOLLÉ
Greffière

L. LOUCAIDES
Président

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

- opinion partiellement concordante de M^{me} Mularoni ;
- opinion partiellement dissidente de M. Loucaides ;
- opinion partiellement dissidente de M^{me} Thomassen.

L.L.
S.D.

OPINION PARTIELLEMENT CONCORDANTE
DE M^{me} LA JUGE MULARONI

(Traduction)

J'aurais préféré que la Cour étudie les griefs des requérants sous l'angle de l'article 8 de la Convention pris isolément et conclue à un non-lieu à examen sur le terrain de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8. Toutefois, j'ai consenti à voter avec la majorité car il m'a semblé important de constater qu'il y avait en l'espèce violation de l'article 8.

Je souscris entièrement aux considérations énoncées aux paragraphes 52 à 61 de l'arrêt.

Toutefois, je ne me rallie pas à celles figurant au paragraphe 49.

J'estime que l'argument des requérants selon lequel leurs activités passées sont pour eux source d'embarras quotidiens, ce en raison de la publicité ayant découlé de l'adoption de la loi sur le KGB le 16 juillet 1998 et de son application à leur égard, ne mérite pas l'attention de la Cour. Les requérants ont travaillé pour le KGB et n'ont jamais contesté que les activités de cette organisation étaient contraires aux principes garantis par la Constitution lituanienne ou par la Convention (paragraphe 54 de l'arrêt). La Cour a admis que les restrictions qui touchent les perspectives d'emploi des requérants en application de la loi sur le KGB visent des buts légitimes : la protection de la sécurité nationale, de la sûreté publique, du bien-être économique du pays et des droits et libertés d'autrui (paragraphe 55 de l'arrêt).

Dans la vie, chacun doit assumer les conséquences de ses actes, et le fait que les requérants continuent d'être accablés par leur qualité d'« anciens agents du KGB » est selon moi sans rapport aucun avec la question de l'applicabilité (et de la violation) de l'article 8 de la Convention. L'argument selon lequel ils seraient stigmatisés aux yeux de la société en raison de leur association passée avec un régime d'oppression n'a selon moi rien à voir avec la responsabilité de l'Etat défendeur quant à la violation de l'article 8 de la Convention.

Par ailleurs, je considère que l'argument voulant que les requérants n'aient pu prévoir les conséquences que leurs activités passées au service du KGB entraîneraient pour eux est lui aussi étranger à la question de l'applicabilité (et de la violation) de l'article 8. A admettre un tel argument, tout acte commis par un dictateur pendant qu'il était au pouvoir, même l'acte le plus répréhensible, pourrait justifier de conclure à la violation de la Convention après l'instauration d'un régime démocratique. Il ne faut pas négliger à cet égard qu'aux termes de l'article 17 de la Convention, « (a) aucune des dispositions de la (...) Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un indi-

vidu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la (...) Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à [la] Convention.»

A mon avis, il est concluant que l'interdiction de chercher un emploi affecte au plus haut point la possibilité pour les requérants d'exercer diverses activités professionnelles et entraîne des conséquences sur la jouissance par eux du droit au respect de la vie privée au sens de l'article 8. Je pense comme la majorité que le fait que les requérants n'aient pu chercher un emploi dans diverses branches du secteur privé de par l'interdiction prévue par la loi constitue une mesure disproportionnée, même si l'on tient compte de la légitimité des buts visés par cette interdiction. Cela seul aurait suffi à conduire la Cour à conclure à la violation de l'article 8 dans le chef des requérants.

OPINION PARTIELLEMENT DISSIDENTE DE M. LE JUGE LOUCAIDES

(Traduction)

Je ne partage pas l'avis de la majorité selon lequel l'article 14 est applicable en l'espèce, et ce pour les raisons suivantes.

Selon la jurisprudence constante de la Cour, l'article 14 protège contre toute discrimination les individus placés dans des situations « analogues », « similaires » ou « comparables » (arrêts *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, série A n° 31, pp. 15-16, § 32, *Van der Musselle c. Belgique*, 23 novembre 1983, série A n° 70, pp. 22-23, § 46, *Fredin c. Suède (n° 1)*, 18 février 1991, série A n° 192, p. 19, § 60, *Stubbings et autres c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV, p. 1507, § 72). Ainsi, aux termes de la jurisprudence : « Un grief tiré de [l'article 14] ne saurait donc prospérer que si, notamment, la situation de la victime prétendue se révèle comparable à celle de personnes mieux traitées. » (*Fredin et Stubbings et autres, ibidem*)

Pour examiner cette question, il faut tenir compte de l'objectif et des effets de la loi ou de la mesure en cause. La loi sur le KGB prévoit des restrictions quant aux activités professionnelles des personnes ayant travaillé par le passé pour le KGB, dont les agissements étaient contraires aux principes garantis par la Constitution lituanienne et par la Convention. Cette loi vise à protéger la sécurité nationale, la sûreté publique et les droits et libertés d'autrui en évitant une répétition de l'expérience antérieure qui serait susceptible de se produire si les personnes ayant travaillé pour le KGB se livraient à des activités analogues à celles menées par cette organisation. Il est donc évident que les restrictions litigieuses prévues par la loi en question sont directement liées à la qualité d'« anciens agents du KGB » de personnes telles que les requérants.

La majorité a jugé que l'article 14 était applicable en l'espèce en ce que les requérants sont traités différemment des autres ressortissants lituaniens n'ayant pas travaillé pour le KGB (paragraphe 41 de l'arrêt). Toutefois, à la lumière de ce qui précède, je ne vois pas comment des personnes qui n'ont pas été au service du KGB se trouveraient dans une situation « analogue », « similaire » ou « comparable » à celle des personnes qui l'ont été.

Bien que je sois d'avis que l'article 14 n'est pas applicable en cette affaire, je pense fermement que les restrictions qui touchent les activités professionnelles des requérants sont, dans les circonstances de la cause telles qu'exposées dans l'arrêt, tellement lourdes et disproportionnées au but visé qu'elles sont constitutives d'une ingérence injustifiée dans la vie privée des requérants. Dès lors, je conclus qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention.

OPINION PARTIELLEMENT DISSIDENTE
DE M^{me} LA JUGE THOMASSEN

(Traduction)

Contrairement à la majorité, je n'ai pas voté pour la violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8.

J'ai quelque difficulté à examiner la justification des mesures prises à l'égard des anciens agents du KGB sous l'angle de la «discrimination». En effet, le principe de non-discrimination, tel qu'il est reconnu dans les constitutions européennes et les traités internationaux, désigne avant tout un déni de certaines opportunités pour des raisons tenant à des choix personnels, pour autant qu'il y a lieu de respecter ces choix en ce qu'ils reflètent des traits de la personnalité de chacun, comme la religion, les opinions politiques, l'orientation sexuelle et l'identité sexuelle, ou au contraire pour des motifs tenant à des caractéristiques personnelles au sujet desquelles on ne peut exercer aucun choix, comme le sexe, la race, le handicap et l'âge.

Or, à mon avis, travailler pour le KGB ne relève d'aucune de ces catégories.

S'il est vrai que les anciens agents du KGB ont été traités différemment «des autres ressortissants lituaniens qui n'ont pas travaillé pour le KGB» (paragraphe 41 de l'arrêt), cette différence ne relève pas du champ d'application de l'article 14 dans la mesure où elle se rapporte à l'accès à une profession donnée, puisque la Convention ne garantit pas le libre choix de la profession (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Thlimmenos c. Grèce* [GC], n° 34369/97, § 41, CEDH 2000-IV).

En revanche, je pense comme la majorité que la loi, qui vise en elle-même un but légitime, revêt un caractère tellement général que son application aux requérants affecte dans une large mesure la capacité de ces derniers à entretenir des rapports avec le monde extérieur telle que l'article 8 la protège (*Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, § 61, CEDH 2002-III), et porte donc atteinte à leur vie privée. Eu égard aux circonstances de la cause, comme le fait que la loi a été appliquée de nombreuses années après que les requérants eurent quitté le KGB et de nombreuses années après la proclamation d'indépendance de la Lituanie, sans qu'il soit tenu compte des caractéristiques propres au cas de chacun d'eux, cette ingérence ne saurait être considérée comme proportionnée. Il y a donc violation de l'article 8 de la Convention.